

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI
FEDERICO II**

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

TESI DI DOTTORATO

**“FILOSOFIA DEL DIRITTO, DIRITTI DELL’UOMO E
DELLE LIBERTÀ REIGIOSE”**

XX CICLO

**“LA PROPRIETÀ TRA DIRITTO
SOGGETTIVO E FUNZIONE SOCIALE”**

RELATORE

CANDIDATO

Prof. Francesco Riccobono

Dott. Francesco D’Urso

ANNO ACCADEMICO 2006/2007

Indice

INTRODUZIONE : L'APPROPRIAZIONE ORIGINARIA. LA DIMENSIONE PRE-GIURIDICA DELLA PROPRIETÀ.

I CAPITOLO: LA DIMENSIONE GIURIDICA DELLA PROPRIETÀ. ELEMENTI PER UNA RICOSTRUZIONE CRITICA

1. La giustificazione etica del possesso: tre possibili percorsi
2. *Communitas* e *Societas*: due concezioni del vivere sociale. La nascita dello Stato moderno.
3. Dono e scambio: dualità e pluralità nei rapporti sociali. Il ruolo della moneta.

II CAPITOLO: PROPRIETÀ PRIVATA E POTERE SOVRANO. TRE MODELLI A CONFRONTO

1. La *property* nel sistema giuridico del Common Law.
2. La *propriété* nella codificazione francese
3. *Eigentum*. La proprietà nel pensiero gius-filosofico tedesco: dal giusnaturalismo laico alla dogmatica giuridica.

III CAPITOLO: LE CRITICHE AL MODELLO INDIVIDUALISTA. LA FUNZIONE SOCIALE DELLA PROPRIETÀ.

1. La crisi alla concezione individualista della proprietà: l'evoluzione del pensiero capitalista.
2. La funzione sociale della proprietà nel pensiero di Lèon Duguit.
3. La dissoluzione del diritto soggettivo: Otto von Gierke e la *Soziale Aufgabe* della proprietà.

IN CONCLUSIONE: IL DIBATTITO ITALIANO

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE: L'APPROPRIAZIONE ORIGINARIA. LA DIMENSIONE PRE-GIURIDICA DELLA PROPRIETÀ

Qualsiasi studio concernente la proprietà deve, inevitabilmente e preliminarmente, affrontare questioni di carattere ideologico che, nel corso dei secoli, hanno pesantemente influenzato lo sviluppo teorico e l'analisi filosofica del fenomeno proprietario. In particolar modo diventa indispensabile fugare subito il campo di indagine dalla dicotomia tra una visione individualista ed una collettivista del possesso dei beni¹. La questione, infatti, si presenta ben più complessa tanto che, difficilmente, il tema può essere rigidamente racchiuso in una manichea dualità. Se da un lato in ambito prettamente teorico abbiamo assistito a singolari quanto assolute prese di posizione – sia da parte di chi affermava la natura squisitamente individuale del possesso sia da parte di chi considerava quest'ultimo nella sola accezione comunitaria – per quanto attiene alla disciplina giuridica, mai si è avuto ordinamento giuridico che, nel regolare e definire i poteri, la natura e la nozione stessa di proprietà, sia riuscito ad affermare in termini assoluti l'una o l'altra delle due visioni in contrasto. Proprietà individuale e proprietà collettiva, che suonano all'orecchio come un inutile pleonismo e un ossimoro ingenuo, rappresentano, in definitiva, gli estremi ideologici di una polarizzazione teorica, figlia di un diverso approccio metodologico non solo al problema specifico del possesso, ma all'intera riflessione filosofica².

¹ A. BIXIO, *Proprietà e appropriazione. Individuo e sovranità nella dinamica dei rapporti sociali*, Milano 1988, p. 1 e ss.

² Rispolverando una breve pubblicazione di Luigi Miraglia degli ultimi anni dell'Ottocento (L. MIRAGLIA, *La storia della proprietà nella filosofia del diritto*, in "Atti della Accademia Pontaniana", vol. XVI, Parte I, p. 179-99, Napoli 1885) ci si imbatte in una considerazione di determinate problematiche interpretative, tuttora, irrisolte dalle quali emergono interessanti spunti di osservazione. L'Autore pone in primo luogo la questione del rapporto tra la proprietà collettiva e la proprietà individuale affermando che la prima si sviluppa tendenzialmente solo nelle società giuridicamente meno complesse. A sostegno di ciò egli fa riferimento al mondo della Roma antica, scorgendo nell'*ager publicus* e nella disciplina comunitaria che lo caratterizzava la dimostrazione lampante della sua teoria. Tale discorso trova un'autorevole contributo nell'analisi di Paolo Grossi sul ruolo storico della proprietà collettiva, nella quale lo storico fiorentino, attraverso la lettura dell'*Ancient Law* di Maine e l'opera "dimenticata" di Levelaye, schiude le porte alla possibilità di pensare in

La prima questione che si presenta agli occhi dello studioso è, piuttosto, la distinzione tra appropriazione, come fenomeno originario e dinamico, e la proprietà, come momento di cristallizzazione di una realtà fattuale già data³. Definiamo l'appropriazione come un momento che si realizza periodicamente nello svolgimento delle vicende umane tutte le volte che, nell'evolversi dell'esistenza, si presentano nuove oggettualità, la cui comprensione e il relativo dominio da parte degli individui non si sia ancora verificata. Tale processo può essere letto solo con le lenti di quelle scienze umane che studiano l'uomo come categoria assoluta e i suoi comportamenti come manifestazioni di regole fisse e costanti. Il punto di vista filosofico-antropologico rappresenta la visuale necessaria per inquadrare un fenomeno di vasta e complessa portata, i cui effetti determinano l'esperienza etica e giuridica di tutte le civiltà umane, della loro nascita, della loro storia, del loro inevitabile tramonto⁴.

concreto ad una proprietà diversa da quella individual-borghese (cfr. P. GROSSI *Un altro modo di possedere*, Milano 1977). In secondo luogo egli considera, enfaticamente, il "feudo" come un costante ricorso storico, secondo l'accezione vichiana di tale concetto. In tale ottica il richiamo all'enfiteusi e ai "campi limitrofi" come residuo di un costante persistere di una realtà economica-giuridica risulta, forse, condizionata in maniera determinante dal particolare momento storico in cui Miraglia scrive e la situazione economica che l'Italia viveva in quegli anni. Un terzo tema è la ricostruzione dell'idea poetica – letteraria dell' "età dell'oro" nella quale la proprietà privata era inesistente: l'analisi tiene conto soprattutto del cristianesimo delle origini e la sua evoluzione, aprendo un'importante riflessione sul ruolo e l'interpretazione che l'agostiniana *Civitas Dei* ha assunto nelle complesse vicende che hanno caratterizzato la storia del pensiero cristiano moderno. Un ultimo punto da ricordare è la differenza che viene posta in essere tra la natura dei beni mobili e quella dei beni immobili, laddove viene riconosciuta solo alla prima una legittima pretesa al suo carattere individuale, mentre per la seconda eccede la sua naturale propensione alla gestione collettiva. Miraglia in tal senso si ricollega a vari filoni del pensiero critico della proprietà individuale, non ultimo quello marxista la cui classica distinzione tra mezzi di produzione e prodotti può essere messa in parallelo, senza troppe forzature, con le sue argomentazioni.

³ Sul binomio appropriazione-proprietà il lavoro di Andrea Bixio (*Proprietà e appropriazione*, cit.) è incentrato su di una indagine di tipo sociologico che tende principalmente a descrivere le problematiche inerenti al rapporto tra l'individuo e lo Stato e alle relazioni sociali che da esso derivano. Pur quindi sottolineando una similitudine terminologica e una condivisione di vedute sui punti cardini dell'analisi, il nostro angolo visuale appare decisamente diverso, sia gli aspetti concettuali di base, sia per l'evoluzione dell'intera argomentazione teorica.

⁴ Per quanto concerne l'interesse degli antropologi nei confronti del fenomeno proprietario, in un quasi inedito lavoro di Gurvitch è possibile leggere una ricostruzione dell'analisi di Paul Huvelin sul rapporto tra magia e proprietà; non è inoltre da dimenticare l'interesse di Gernet per il diritto di proprietà nella Grecia antica, soprattutto sulle sue origini "sacre". Argomentazioni del genere sono riscontrabili anche in esponenti autorevoli della scuola del realismo giuridico scandinavo. I nomi di Hägerström e Olivecrona sono legati ad una non secondaria indagine sull'origine "magica" di fondamentali istituti giuridici, tra i quali la proprietà riveste un ruolo principale; cfr. G. GURVITCH, *La magie*

L'appropriazione si colloca in un ambito pre-logico, pre-etico e pre-giuridico e costituisce il presupposto materiale di qualsiasi fondazione filosofica e morale e, soprattutto, uno spazio che anticipa la formazione del diritto⁵.

La proprietà, al contrario, è il risultato della elaborazione razionale dell'uomo che, in relazione alle dinamiche materiali determinate dal movimento appropriatorio, costruisce le strutture attraverso le quali sia possibile regolare gli *status*, i rapporti, i comportamenti, i poteri e i limiti a cui gli uomini sono sottoposti, nell'intento di costituire una macchina che sia in grado di garantire un susseguirsi costante di azioni, la cui ripetizione consenta all'uomo di prevederle, regolarle e, in senso lato dominarle. La filosofia, l'etica e il diritto rappresentano i momenti, spesso tra loro indistinguibili, nei quali si realizzano le eterne aspirazioni di circoscrivere e governare l'intero flusso dell'esistenza, da ciò che gli appare ineluttabilmente esterno, come le forze della natura o la sua stessa finitudine, a ciò che invece concerne se medesimo, il suo essere-nel-mondo. L'appropriazione è il magma fluttuante, la proprietà la pietra lavica ormai solidificata, nell'alveo di un costante e periodico stravolgimento delle strutture del pensiero e dell'azione che scandiscono il ritmo del vivere umano⁶.

et le droit, Paris 1938; P. HUVELIN, *Magie et droit individuel*, in "L'Année sociologique" 1905-1906; L. GERNET, *Aspects du droit de propriété en Grèce*, in "Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa" 1980; sul realismo giuridico scandinavo cfr. S. CASTIGNONE, *La macchina del diritto. Il realismo giuridico in Svezia*, Milano 1974; C. FARALLI, *Diritto e magia. Saggi su Hägerström*, Bologna 1981.

⁵ Il concetto di spazio pre-giuridico è stato spesso utilizzato, in special modo da autori dediti ad uno studio sull'antichità o su strutture giuridiche e sociali di civiltà lontane, nel tempo e nello spazio dalla nostra. Di recente, la pubblicazione di Schiavone (A. SCHIAVONE, *Ius*, Torino 2005) mira ad individuare la nascita del diritto come forma specifica di disciplinamento sociale, presupponendo un'età del pre-diritto precedente ad essa. Tale operazione, seppur pregevole, si differenzia notevolmente dal tipo di discorso che si intende, in questa sede, portare avanti in merito alla descrizione di un momento pre-giuridico, il cui verificarsi prescinde dal tipo di ordinamento sociale che ne fa da sostrato e dalla visione del diritto che lo caratterizza.

⁶ Carl Schmitt in una breve pubblicazione del 1953 (*Nehmen/Teilen/Weiden. Ein Versuch, die Grundfragen jeder Social- und Wirtschaftsordnung vom NOMOS her richtig zu stellen*, ripubblicato cinque anni più tardi in appendice al più noto e completo lavoro *Der Nomos der Erde*, Tübingen 1950) individua tre significati del termine *Nomos* distinguendo in corrispondenza di essi tre momenti: appropriazione, produzione, distribuzione. Il fine ambizioso di tale scritto, sebbene rappresenti una suggestiva quanto pretestuosa *reductio ad unum* di fenomeni troppo complessi per essere compressi e incardinati in un semplice schema logico, è quello di fissare i principi fondamentali su cui basare ogni orientamento economico e sociale. Al di là delle considerazioni sullo scopo e sul risultato di questa operazione, ciò che maggiormente ci interessa è la stretta connessione che il filosofo tedesco individua tra il concetto di *nomos* – inteso questo come principio regolatore,

In ogni fase della storia umana, pertanto, l'appropriazione costituisce un processo originario che si verifica ogni qual volta nasca l'esigenza di oggettivare forme o sostanze non ancora manovrabili dalle sapienti braccia della teoria e della prassi, materialità prive di strutture concettuali in grado di definirle e controllarle. Quando si parla di appropriazione originaria è bene distinguere subito tale concetto da quello, certamente più noto e dibattuto, di accumulazione originaria. L'appropriazione è un fenomeno che attiene alla sfera dell'analisi filosofica e costituisce uno strumento logico piuttosto che un processo o un evento storico. Tale mezzo di indagine si mostra come un ottimo metodo descrittivo per definire l'essenza valoriale che muove e regge determinati sistemi economici e sociali e determina la nascita di particolari forme giuridiche. L'accumulazione originaria, letta con l'armamentario teoretico della scienza economica classica, tende ad individuare quel procedimento che porta alla genesi di una particolare forma di produzione e al costituirsi di una peculiare classe dirigente che conservi nelle sue mani la gestione della macchina produttiva. Se si vanno ad analizzare soprattutto le teorie di Smith e di Marx, ci si accorge che il punto di vista dell'economista è sempre incentrato sul rapporto di causa-effetto accumulazione-produzione, come se il primo processo non rappresenti altro che un mero strumento per la messa in pratica del secondo⁷. La centralità

strumento di comprensione giuridica delle dinamiche sociali – e l'appropriazione che nel suo discorso appare non tanto come una delle tre colonne su cui si regge l'architettura di un ordinamento normativo *tout court*, quanto uno dei motori che dà inizio a qualsiasi costruzione di una realtà giuridica definita.

⁷ Adam Smith, nel suo *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, dedica molte pagine, ma soprattutto la parte iniziale del Libro secondo, al tema dell'accumulazione del capitale e il suo stretto rapporto di consequenzialità con l'attività di produzione. Egli scrive « (...) Come l'accumulazione dei fondi deve di necessità precedere la divisione del lavoro, così il lavoro può essere sempre più suddiviso soltanto nella misura in cui in precedenza i fondi siano andati sempre più accumulandosi (...) L'accumulazione dei fondi, come è preventivamente necessaria per attuare questo grande progresso delle capacità produttive del lavoro, così pure conduce ad esso (...) » (A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, trad it, L.II, Introduzione). A riguardo poi, la distinzione tra lavoro produttivo e lavoro improduttivo rappresenta una pietra miliare del ragionamento smithiano che, seppure in un contesto teorico differente, sarà ripresa in *Der Kapital*, nella differenziazione tra risparmio produttivo e risparmio improduttivo. Marx dedica l'intero capitolo XXIV del Libro I de *Il Capitale* al tema dell'appropriazione originaria, citando proprio la *previous accumulation* di Smith, definendola come «accumulazione che non è il risultato del modo di produzione capitalistico, bensì il suo punto di partenza». E aggiunge «Quest'accumulazione originaria ha nell'economia politica una parte pressoché identica a quella del peccato originale nella teologia (...) Denaro e merce non sono capitale sin dall'inizio, come non lo sono i mezzi di produzione e di sussistenza. Bisogna che essi siano trasformati in capitale. Tuttavia tale trasformazione può verificarsi solo in determinate circostanze, che si riducono a questo: debbono trovarsi di fronte ed entrare in contatto due

teleologica della produzione diviene il limite maggiore di qualsiasi studio sull'appropriazione, intendendo questa come momento decisivo e ripetutamente fondante dell'esistenza umana. Ridurre il suo oggetto a mera merce significa ignorare una pluralità di motivi che spingono gli individui alla necessità di "rendere propri" determinati oggetti, tralasciando peraltro gli aspetti di natura gnoseologica, antropologica, sociologica e psicologica che attengono a questa costante operazione esistenziale. Inoltre mediante tale riduzione teorica non si giunge ad individuare la multiforme natura dell'oggetto dell'appropriazione che non si limita alle cose *tout court*, ma che comprende in essa una serie di elementi difficilmente riconducibili ad un'unica forma di valutazione. Il concetto di appropriazione nella confusione terminologica che l'ipotesi della accumulazione originaria crea, deve essere nettamente distinta nei suoi caratteri fondamentali. Porre al centro del sistema economico e sociale la produzione e l'appropriazione come mera accumulazione di risorse in subordine a questa esigenza primaria è una peculiarità di tutti quegli autori che hanno cercato di analizzare il fenomeno capitalista, senza rendersi conto che la rivoluzione industriale, la possibilità di riprodurre *ad infinitum* una serie di beni, la centralità della macchina nei confronti dell'uomo sono il risultato di una contingenza storica di portata epocale per un'intera civiltà umana; ma, nonostante ciò, tale processo non può essere elevato a categoria universale, né le sue dinamiche possono rappresentare l'unica dimensione ontologica della "ragion pratica"⁸. Il fenomeno appropriativo, in definitiva, riguarda il rapporto

sorte assai diverse di possessori di merce, da un lato proprietari di denaro e di mezzi di produzione e sussistenza, ai quali sta a cuore acquistare forza lavorativa altrui per valorizzare con essa la forma di valore che possiedono, dall'altro lato liberi lavoratori, venditori della propria forza lavorativa e perciò venditori di lavoro»(K. MARX, *Il capitale*, trad. it, L.I, XXIV).

⁸ Lo sviluppo del sistema capitalista rimane certamente un momento decisivo nell'evoluzione della dottrina proprietaria, che viene letteralmente rivoluzionata da un vero e proprio mutamento di paradigma, che ha il suo teatro nell'evoluzione teoretica e nelle trasformazioni sociali che sconvolgono l'Europa in quei secoli di passaggio dall'epoca medievale all'età moderna. In altre parole quella "grande transazione" che segna il passaggio da una economia feudale ad una mercantile e poi capitalista porta a considerare l'appropriazione illimitata dei beni come un'attività necessaria e non evitabile, così come era stato invece affermato nell'ambito del pensiero cristiano per secoli, dalla dottrina dei padri fino alla prima scolastica, senza dimenticare gli echi ancora presenti in alcune teorie legate alla scuola della tarda-scolastica ed al filone del giusnaturalismo, sia in ambito continentale sia nei territori d'oltremare. Per quanto concerne il cosiddetto "giusnaturalismo continentale", una schiera di autorevoli autori ha individuato tre filoni principali: il primo è quello che ha origine dal "volontarismo" di Pufendorf e si tramanda, successivamente, in Cocceius e Thomasius; il secondo è rappresentato dal razionalismo di Leibniz e Wolff; il terzo ed ultimo è quello di matrice francese e considera Domat e Pothier

uomo-natura e uomo-cose, dando in tal caso al termine “cosa”⁹ il senso di realtà che l’individuo considera mera exteriorità e che, mediante tale procedimento, diventa espressione di una autentica “interiorità”. Ciò che maggiormente conta, dunque, è l’impossibilità di fondare sulle sole categorie filosofico-giuridiche il problema dell’appropriazione. *Logos* e *Nomos* necessitano dell’elemento razionale affinché possano trovare il loro naturale svolgimento, il loro originarsi, il loro inevitabile evolversi. Tuttavia, l’appropriazione rappresenta proprio quel momento pre-giuridico e pre-logico che determina l’assioma primario, il postulato materiale, il motore immobile dal quale sia possibile innalzare le costruzioni filosofiche e giuridiche. Quando però facciamo riferimento all’appropriazione originaria non consideriamo questa come un *incipit*, come il punto di origine di una semiretta spazio-temporale individuabile in una realtà storica ben determinata, bensì cerchiamo di definire il ripetersi di una operazione periodica che avviene ogni volta che di fronte all’uomo si presentino rinnovati strumenti, sia di carattere logico-conoscitivo sia di natura meramente materiale, che gli consentano di fondare un sistema epistemologico basato su rinnovate categorie interpretative, di riequilibrare i rapporti di potere all’interno dello spazio sociale, di operare quella cesura che consenta di modificare radicalmente le proprie condizioni di vita. Il ricorrere, insomma, in senso vichiano, dei presupposti di ciò che chiamiamo progresso, dando a quest’ultimo termine, però, un valore eminentemente “neutrale”.

Lo stesso discorso vale per quel che concerne il nostro richiamo a un momento pre-giuridico. In particolar modo, quando usiamo

come i traghettatori della dottrina giuridica francese dal *droit coutumier* alla codificazione napoleonica. (Cfr. A. PASSERIN D’ENTRÈVES, *La dottrina del diritto naturale*, Milano 1954; G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto. II: L’età moderna*, Bologna 1968; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna 1998). Per quanto invece riguarda il diritto naturale anglosassone si tiene conto del dibattito filosofico che imperversa nel Regno Unito nel corso del XVII secolo, dalla dottrina assolutista di Hobbes alla teoria politica di John Locke, all’interno del quale emergono diverse figure di spicco e una congerie di posizioni in contrasto, da quelle “estremiste” dei *Levellers* - tra i quali spiccano senza dubbio Overton, Ireton e Winstanley, protagonisti dei celebri dibattiti di Putney (cfr. *infra* nota 17) - a quella “intermedia” di Harrington. (Cfr. C. P. MACPHERSON, *Libertà e proprietà all’origine del pensiero borghese. La teoria dell’individualismo possessivo da Hobbes a Locke*, Milano 1963; G. GLIOZZI, *Le teorie della proprietà da Lutero a Babeuf*, Napoli 1981)

⁹ Sul ruolo delle “cose” ed il rapporto con il linguaggio, il saggio di Michel Foucault *Les mots et les choses (Le parole e le cose*, trad. it, Milano 1967), nel profetizzare enfaticamente la morte prossima dell’ “uomo”, rileva con forza la complessità della problematica del soggetto e soprattutto delle categorie ideologiche su cui, in epoca moderna, esso ha trovato la base epistemologica per la sua inarrestabile ascesa, e, in epoca contemporanea, il suo ineluttabile declino.

codesta terminologia, non cerchiamo di identificare un luogo, un tempo o una civiltà anteriore a quella giuridica, ma tentiamo di definire uno spazio ed un momento in cui vi sia piena assenza di diritto e una corrispondente mancanza di una valutazione logico-filosofica di un fenomeno il cui divenire non sia ancora pienamente metabolizzato e che dunque si presenti priva di una teoria che possa definirlo, comprenderlo e regolarlo. In altre parole, quindi, riteniamo di poter dire che l'appropriazione costituisce, da un punto di vista gnoseologico, proprio il passaggio dall'ignoto al noto, dalla sua manifestazione alla sua comprensione e, da un punto di vista più marcatamente giuridico-economico, dalla individuazione di una *res nullius* alla *possessio* di forme e sostanza, di scienza e tecnica, di mezzi e risorse. Di questo processo la fase dinamica è quella della appropriazione, quella statica quella della proprietà: detto diversamente, il momento di una fluidità irrazionale e di una successiva ripetizione razionale all'interno di un circuito di norme che un qualsiasi ordinamento giuridico, anche primitivo, è pur sempre in grado di dare. La proprietà, dunque, rappresenta il cardine della giuridicità perché è la presa di coscienza di un dato, l'appropriazione, e, al tempo stesso, regolazione primaria, base di riferimento dei rapporti economici e sociali: un'insieme di giustizia commutativa e distributiva, la partizione prima di un sapere e di un agire che potremmo suggestivamente definire *Urteil*¹⁰. Sebbene, infatti, all'interno di qualsiasi sistema normativo siano contemplate procedure mediante le quali sia possibile accrescere o diminuire lo spazio del *proprium*, il concetto stesso di *proprietas* è considerato, ontologicamente, solo nella fase della sua formazione ed esso, inoltre, rappresenta un elemento costitutivo dell'ordinamento stesso.

In questa sede, non potendo incamminarci in un'analisi teoretica complessiva, cercheremo di delineare i momenti salienti di questo processo in un contesto filosofico-giuridico che miri essenzialmente a descrivere il passaggio dall'appropriazione alla proprietà, considerando i caratteri, il ruolo, la forza e i limiti che essa possiede negli ordinamenti normativi, ponendo l'accento, in particolar modo, sulla sua affermazione come diritto assoluto e inviolabile e la sua costante e inesorabile erosione. Se andiamo, infatti, ad esplorare per

¹⁰ E' sempre Carl Schmitt (*Nehmen/Teilen/Weiden*, cit.) ad associare in modo suggestivo, e altrettanto forzato, il termine *nomos* a *Nemein*, il cui secondo significato "spartire" richiama il verbo *Teilen* e dunque il sostantivo *Urteil* (giudizio); cfr. C. SCHMITT, *Appropriazione Divisione Produzione*, trad. it. In ID., *Le categorie del "politico"*, Bologna 2005, p. 297 e ss.

un attimo l'evoluzione storica della proprietà, soprattutto in epoca moderna, ci accorgiamo che nell'ambito del pensiero occidentale assistiamo a tre fondamentali affermazioni del diritto di proprietà come assoluto e inviolabile: la dottrina di John Locke, la codificazione francese, l'elaborazione tardo ottocentesca della dogmatica giuridica tedesca. In tutti e tre i casi, sebbene, come vedremo, con implicazioni e peculiarità differenti, il primato della proprietà coincide senz'altro con un particolare momento dello sviluppo economico, con l'avvento della società industriale e la definitiva affermazione di quel sistema economico capitalista, la cui logica e i cui principi trovano in un periodo precedente una fruttuosa e complessa anticamera che prepara il ceto dei giuristi, l'attività dei teologi e le speculazioni dei filosofi a comprendere meglio un determinato evolversi delle relazioni economiche e dei risvolti sociali di un così straordinario mutamento¹¹.

¹¹ Un primo presupposto fondamentale *in nuce* a un così radicale cambiamento di rotta del pensiero in ordine al problema del possesso è, dunque, rappresentato dall'affermazione del sistema capitalista e, per effetto di esso, di un concetto della ricchezza del tutto disancorato dalle istanze teologiche che, per interi secoli, avevano caratterizzato il pensiero filosofico occidentale. E' bene sottolineare che, quando parliamo di capitalismo, consideriamo quel complesso fenomeno di natura socio-economico che costituisce lo spazio vitale, il luogo fisico e ideale, all'interno del quale diventa predominante, in ambito giuridico, l'istituto della proprietà privata. Fermo restando l'impossibilità e l'inutilità per quanto concerne la nostra ricerca di occuparci della genesi del sistema capitalista, operazione compiuta con notevole profondità da tanti studiosi (tra i numerosi lavori cfr. *Sulla genesi del capitalismo*, a cura di Ludovico Martello, Roma 1992; G. CONTE, *Le cause della nascita del capitalismo*, Milano 1976), così come di individuare le cause che hanno consentito una tanto gigantesca rivoluzione dei rapporti economici, del sistema di produzione e delle transazioni commerciali, tuttavia appare importante toccare alcune questioni preliminari. In primo luogo, sebbene risulti difficile e insidiosa una qualsiasi indagine storica sul capitalismo *tout court*, è piuttosto rilevante rammentare le letture che di tale fenomeno sono state avanzate per dare vita ad una chiave interpretativa condivisibile che ci consenta di individuare alcuni presupposti essenziali. Se da un lato, in tal senso, il sistema capitalistico è stato compreso attraverso la sola lente economica e la messa in evidenza del mutamento dei sistemi di produzione, dall'altro si è cercato di considerare la sua essenza mediante l'analisi della dimensione etica e della relativa tavola di valori sulla cui base esso poggierebbe. Per quanto concerne il primo orientamento, l'opera di Marx e quella dei teorici marxisti rappresentano la più nota e più potente espressione; per quanto riguarda, invece, la seconda impostazione, il celebre saggio di Max Weber *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, costituisce, seppur non unico e universalmente condiviso (Pur tenendo in gran considerazione i due filoni di pensiero appena descritti, in questa breve disamina cercheremo di mettere in luce le problematiche afferenti: A) il passaggio da una visione della ricchezza basata sul valore di consumo dei beni ad una concezione della stessa imperniata sul valore di scambio delle merci, che porta ad una evoluzione, se non addirittura ad una scomparsa del concetto-valore di *aequitas*; B) il mutamento di prospettiva morale che porta l'uomo a considerare comportamento virtuoso dapprima la privazione dei beni materiali, in seguito la loro illimitata accumulazione; la cui conseguenza è l'attenuazione e il dissolvimento dell'ideale della *charitas*. L'associazione tra i due valori di *aequitas* e *charitas* viene fortemente avanzata da Ovidio Capitani che

Ma il fenomeno proprietario, più di ogni altra cosa, rappresenta il correlato giuridico di quel lungo processo di razionalizzazione del vivere sociale che il pensiero sociologico, a cavallo dei secoli XIX e XX, acutamente individua e descrive nell'affermazione dello Stato moderno e nel ruolo che la moneta svolge nell'ambito dei rapporti interpersonali. L'analisi di Weber, in merito al primo di questi due aspetti, e il celebre saggio *Philosophie des Geldes* di Georg Simmel per quanto concerne la considerazione del denaro¹², sono il punto di approdo di una avvincente ricostruzione teorica che prende in esame i risultati di quella svolta razionale che ha caratterizzato sia le elaborazioni filosofiche sia le dinamiche materiali dei sistemi sociali e che ha trovato nel cartesianesimo il suo naturale catalizzatore. Esso viene tradizionalmente considerato il motore immobile, la pietra angolare dell'individualismo moderno¹³ tanto da costituire il punto di

considera la loro lettura combinata come l'autentica cifra dell'economia medievale. (Cfr. O. CAPITANI, *Sulla questione dell'usura nel medioevo* in "L'etica economica del medioevo", Firenze 1974, p. 33 e ss.). Pur partendo dalla loro definizione, la nostra analisi tende a cogliere aspetti problematici e in evoluzione. Pertanto essa rappresenta un ottimo punto di partenza, ma non può certo costituire il giusto approdo delle nostre considerazioni. Nella sintesi terminologica di "superfluo" e di "utile" c'è, pertanto, il tentativo di leggere contestualmente entrambe le questioni, separandole sul piano formale ma considerando l'una complementare all'altra al fine di ricostruire non tanto l'evoluzione storica quanto quella concettuale di un segmento determinante per l'affermazione teorica della proprietà individuale. Dallo scritto di Capitani emerge con chiarezza che una prima sostanziale frattura tra etica ed economia avviene in merito al tema dell'usura. La distinzione tra usura e prestito ad interessi, prima ancora che nella celebre distinzione di Calvino, costituisce, già nel dibattito in seno alla scolastica tomistica un momento determinante per lo sviluppo dell'economia medievale in senso capitalistico (O. CAPITANI, *Sulla questione dell'usura nel medioevo*, cit., p. 11 e ss.) In epoca contemporanea il rapporto tra economia ed etica è ritornato ad essere un tema estremamente dibattuto ed ha trovato in Amartya Sen l'interprete più sensibile e maggiormente impegnato nel districare tale difficile matassa (cfr. A. SEN, *Etica ed economia*, trad. it, Bari 1988)

¹² Già in Locke l'idea dell'appropriazione illimitata è legata a quella della conservazione dei beni, il cui centro propulsore va cercato nella moneta: essa, infatti, costituisce il ponte attraverso il quale la ricchezza passata diventa il presupposto per produrre ulteriore ricchezza. Cfr. G. C. CAFFENTZIS, *Parole abusate, monete tosate e governo civile. La filosofia del denaro di John Locke*, trad.it, Roma 1988, p. 66 e ss.

In Marx la distinzione tra risparmio produttivo e risparmio improduttivo pone le basi per quella visione dell'accumulazione che in Weber poi, seppur con intenti critici differenti o addirittura opposti, diventa l'etica della privazione, l'*alter ego* di quella operosità industriale che sta alla base della "vocazione" capitalista tanto cara al padre della sociologia contemporanea.

¹³ Il dualismo cartesiano potrebbe essere letto come vero spartiacque di due concezioni filosofiche: quella liberale utilitarista, che ripiega sulla *res extensa*, e quella idealista-illuminista, che pone l'accento sulla *res cogitans*. Solo in alcuni autori il dualismo permane come coesistenza o ambiguità, oppure viene fatto confluire in una sistemazione teorica più complessa, quale, ad esempio, la filosofia di Kant; cfr. L. SICHIROLLO, *Per una storiografia filosofica – Platone, Descartes, Kant, Hegel*, Urbino 1970

partenza di un rinnovato modo di concepire l'uomo e, al tempo stesso, una maniera diversa di considerarlo nel rapporto con se stesso, con il mondo circostante e con la *res divina*¹⁴. Il razionalismo cartesiano, inoltre, rappresenta una vera e propria rivoluzione metodologica concernente non solo l'ambito filosofico ed epistemologico del pensiero moderno ma, seppur indirettamente e incidentalmente, anche l'evoluzione della disciplina giuridica¹⁵, in particolar modo per ciò che concerne gli istituti di diritto privato.

Accanto a questo fenomeno, in negativo, si manifestano dei movimenti di forte contrasto e opposizione all'idea di proprietà come diritto che auspicano, anzi, la abolizione di essa a vantaggio di una visione collettivistica della vita economica e sociale. Ciò che sorprende, nell'analisi di questo fenomeno può essere riassunto in due punti. In primo luogo emerge che queste testimonianze di una così forte contrapposizione ideologica precedono quelle stesse teorie che, al contrario, sanciscono la sacralità o quanto meno la centralità della proprietà privata nel contesto giuridico generale. In Inghilterra, ad esempio, l'*Utopia* di Thomas More¹⁶ appare un secolo prima dei

¹⁴ L'intera meditazione di Cartesio si basa su di una concezione dell'uomo collocato in una dimensione eminentemente trascendentale, dalla quale rimane avulso qualsiasi elemento che possa determinare la singolarità dell'esistenza umana. La filosofia cartesiana e i successivi sistemi filosofici del pensiero occidentale che domineranno i secoli XVIII e XIX concepiranno l'uomo come essere pensante, dando a priori ad ogni individuo le stesse capacità. Tradotto nel campo giuridico, ogni individuo nasce uguale agli altri, non solo con gli stessi diritti, ma anche con la stessa *potestas*; la *lex aeterna*, in definitiva, trasmuta dall'intelletto divino allo spirito umano; sul tema cfr. G. SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, Torino 1950, p. 8 e ss.

¹⁵ Un contributo fondamentale in tal senso è stato offerto dall'opera di Leibniz. Nella *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae* traspare una particolare sensibilità per l'individuazione di un metodo di comprensione e di insegnamento attraverso il quale la giurisprudenza possa rimanere al passo con le alte scienze, senza tuttavia rimanere soggetta alla rigida applicazione della sola logica matematica alla sua disciplina. La partizione in Mnemonica, Topica e Analitica, come tre distinti momenti della metodologia della scienza del diritto e l'identificazione di quest'ultima con la giurisprudenza dimostrano l'originalità e la profonda riflessione che Leibniz ha dedicato al tema del diritto, sottolineandone acutamente le peculiarità e le problematiche alla luce di quella rivoluzione epistemologica a lui contemporanea. Sul tema cfr. R. PALAIA, *Unità metodologica e molteplicità disciplinare nella Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae*, in "Unità e molteplicità nel pensiero filosofico e scientifico di Leibniz. Simposio internazionale Roma, 3-5 ottobre 1996" a cura di A. Lamarra e R. Palaia, Firenze 2000, p. 145-157.

¹⁶ L'*Utopia* di More rappresenta il modello moderno di elaborazione di una teoria ideale della società che, come già nel modello platonico e – senza troppe forzature – in quello patristico cristiano, ha come nucleo centrale la comunione dei beni. Questa idea, che ricorreva anche negli scritti successivi della medesima impostazione, pone in luce però una contraddizione interna: l'idea letteraria di una età dell'oro, nella quale la proprietà non esisteva, a cui segue un'età "corrotta" – tema ricorrente ancora in Grozio anche se con

Trattati sul Governo di Locke; del resto anche il dibattito di Putney¹⁷, all'interno del quale si trovano esplicite e potenti critiche al modello privatistico del discorso proprietario, precede di qualche decennio la dottrina lockiana. Se ci spostiamo nella Francia del XVIII secolo, ci accorgiamo che l'opera di Morelly¹⁸ anticipa di diversi decenni le vicende che portano alla approvazione del progetto codificatorio, la

argomenti e significati ben diversi – ha determinato la nascita del possesso individuale. In realtà, forse, sarebbe necessario distinguere da un lato la comunione delle terre dalla comunione dei beni *tout court*; queste utopie, infatti, da quella platonica a quella morellyana, fanno riferimento essenzialmente alla comunione della terra. Nella vena polemica di More è presente tutto lo sdegno per l'introduzione delle recinzioni dei terreni inglesi che si risolse in una espulsione di massa dei contadini dai loro campi e dalle loro abitazioni («Quando si dà il caso che un solo insaziabile divoratore, peste spietata del proprio paese, aggiungendo campi a campi, chiuda con un solo recinto varie migliaia di iugeri, i coltivatori vengono cacciati via e, irretiti da inganni o sopraffatti dalla violenza, sono anche spogliati del proprio...» (T. MORE, *L'Utopia o la migliore forma di repubblica*, 1516, I, p. 42 e ss.). Pertanto è possibile ipotizzare che le utopie nascono dall'esaltazione di un'idea primitiva di società nella quale, forse, seguendo il modello durkheimiano di solidarietà meccanica, effettivamente, la comunione dei campi era il sistema che garantiva il benessere e l'ordine sociale. Dall'altro l'estremo tentativo di ostacolare l'evoluzione del progresso economico del tempo in quanto causa di ingiustizie sociali. Nel fenomeno del luddismo nell'Inghilterra dell'inizio del XIX secolo si intrecciano drammaticamente il problema del lavoro e quello della proprietà (cfr. L. SALVADORI-C. VILLI, *Il luddismo. L'enigma di una rivolta*, Roma 1987).

¹⁷ Per *Dibattiti di Putney* si intende quella ampia ed accesa discussione per nell'Inghilterra rivoluzionaria della metà del secolo XVII sorta attorno all'*Agreement of the people*, nel quale i Livellatori, che facevano riferimento ad Ireton propinavano l'idea di una proprietà come diritto naturale che avesse in primo luogo come oggetto la propria persona. In contrapposizione a tale visione appare il tentativo di un progetto collettivista avanzato da Gerrard Winstanley e subito represso dalle truppe di Cromwell (cfr. G. WINSTANLEY, *The True Levellers Standard Advanced*, 1649). Siamo nel biennio di fuoco 1647-49, ben quarant'anni prima della pubblicazione dei *Two Treatises of Government*.

¹⁸ Nell'opera attribuita a Morelly (MORELLY, *Code de la nature*, 1755), oltre i temi presenti in tutte le invettive contro la proprietà privata delle utopie e del pensiero cristiano di ispirazione patristica (basti pensare ancora nella Francia del primo Settecento alla *Mémoire* di Jean Meslier [1729]), si riscontra un tentativo di fondare sulla legge di natura le necessità del comunismo, analogamente a come ha fatto gran parte della scuola del giusnaturalismo moderno per affermare la tesi opposta. L'opera di Morelly si pone come una riflessione che, figlia dell'illuminismo nascente, fonda sulla naturale tendenza alla socialità dell'uomo le basi di un vivere sociale immaginato come un grande meccanismo di solidarietà per integrare e superare le disuguaglianze individuali. Alcune sue considerazioni, seppur spogliate di quell'aura trasognata che le contraddistingue, saranno presenti dapprima nell'opera di Rousseau, successivamente nel positivismo filosofico di Comte e nel pensiero sociologico francese di fine XIX secolo. Nel dibattito francese non va inoltre dimenticato il ruolo che la Fisiocrazia svolge in quegli anni per l'affermazione di un certo pensiero economico e le relative critiche alla scuola, tra le quali spicca senza dubbio l'opera di Mably (cfr. G.B. de MABLY, *Doutes proposées aux philosophes économistes, sur l'Ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, 1768).

cui incubazione, in verità, era già in corso da diverso tempo¹⁹. La stessa “Congiura degli Uguali” di Babeuf²⁰, l’ultimo vagito della rivoluzione dell’89’ trova il suo tragico epilogo appena otto anni prima della promulgazione del *Code Napoleon*. In Germania, a cavallo dell’unificazione politica e ben prima che la Scuola Scientifica del Diritto e l’approvazione del BGB favorissero quell’unificazione giuridica del diritto privato fondata sul diritto di proprietà, in ambiti e contesti del tutto diversi, la dottrina marxista aveva messo le radici ad un pensiero critico nei confronti della accumulazione capitalista e della proprietà dei mezzi di produzione che caratterizzerà per un secolo abbondante una parte relevantissima delle dottrine politico-economiche e non solo del pensiero occidentale tra la fine del XIX secolo e l’intero arco di tempo del XX²¹. In secondo luogo tutte queste dottrine, che siano di matrice utopistica o che abbiano un più forte connotato scientifico²², scelgono come bersaglio la proprietà come diritto, ma, nel profondo, nascondono tutte una accanita avversione verso il movimento appropriatorio *tout court*. In altre parole esse non si limitano ad una contestazione della disciplina legislativa o di un vago richiamo giusnaturalistico alla visione individuale del possesso, ma mirano piuttosto a cancellare dalle vicende umane la possibilità presente e futura di qualsiasi appropriazione, di qualunque processo originario che porti alla nascita di una nuova e inevitabile

¹⁹ Il movimento di pensiero giuridico che va da Jean Domat a Robert-Joseph Pothier rappresenta, al di là qualche autorevole voce contrastante (cfr. soprattutto la riflessione di Paolo Grossi sul rapporto tra l’opera di Pothier e la proprietà moderna, (P. GROSSI, *Un Paradiso per Pothier*, in *Il dominio e le cose*, cit.), l’architrave storico-teorico della nascita del *Code Napoleon*. Se la paternità “materiale” del *Code* può essere attribuita al Portalis, i padri “spirituali” della codificazione sono senz’altro loro (cfr. A.J. ARNAUD, *Le origini dottrinali del codice civile francese*, trad. it., Napoli 1969).

²⁰ «Definiremo la proprietà. Proveremo che la terra non è di nessuno, ma di tutti. Proveremo che tutto ciò che l’individuo si accaparra al di là di quanto può nutrirlo, è furto sociale. Proveremo che il preteso diritto di alienabilità è un infame attentato popolicida.» (BABEUF, *Manifeste des plébéiens*, 1795)

²¹ In merito alla questione sociale di fine XIX secolo, soprattutto nella Germania alle soglie dell’unificazione, non va sottovalutato il ruolo della dottrina cattolica, anch’essa del resto osteggiata dal *Kulturkampf* bismarckiano. Sull’onda dell’enciclica *Rerum novarum*, infatti, fiorì un’importante riflessione non solo sul tema sensibile del lavoro e della proprietà, ma sul ruolo stesso della religione nel suo rapporto con la morale. L’interesse filosofico di autori come Wilhelm Herrmann ed Ernst Troeltsch sono il segno di un orientamento teorico non secondario in una così delicata fase di transizione storica; cfr. J. ROHLS, *Storia dell’etica*, trad. it., Bologna 1995.

²² Con la definizione “socialismo utopistico” si fa riferimento a tutte quelle dottrine filosofiche che da Babeuf fino a Proudhon hanno caratterizzato la prima metà dell’Ottocento. Questo variegato ma, tutto sommato, organico filone di pensiero, che comprende anche l’opera di Saint-Simon, è stato efficacemente definito “socialismo razionale” (cfr. G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato*, Torino 1901, p. 232 e ss.)

disuguaglianza sociale. In questo senso nessuna di esse può fermarsi al dato giuridico, alla critica del diritto così com'è dal momento che si trovano di fronte all'esigenza di anticipare la categorizzazione che la normazione positiva compie e dunque pongono su un piano diverso la questione. Da un lato, mediante lo strumento della natura, che in tal caso viene concepita come uno stadio da raggiungere, un dover-essere da riconquistare e non come un mero dato di fatto il cui riscontro nella realtà a loro contemporanea sarebbe impossibile; dall'altro subordinando il diritto all'economia e alla politica e seminando in quel campo i germogli di quel movimento rivoluzionario che realizzi l'abolizione della proprietà privata. Se in More e Morelly il riferimento ad un naturale e primordiale comunismo dei beni a cui gli uomini moderni dovrebbero tendere diventa il *leit motiv* della intera struttura delle loro opere, in Marx attraverso la "profezia" della dittatura del proletariato e l'abolizione delle classi viene ipotizzata la fine della dialettica storica tra gruppi sociali in conflitto e, quindi, l'impossibilità di un ritorno delle vecchie categorie privatistiche che invece proprio in quell'area culturale e politica stanno per diventare l'oggetto prediletto della nascente scuola della dogmatica giuridica²³. In entrambi i casi l'appropriazione come momento originario del mutamento delle strutture ontologiche, economiche giuridiche e sociali viene negata o quanto meno rilevata come un momento patologico e parziale dell'esistenza, un morbo da estirpare da una realtà sociale malata e contraddittoriamente iniqua.

Mentre, dunque, nell'affermare la proprietà come diritto inviolabile e assoluto, assistiamo alla teorizzazione di una proprietà *senza* appropriazione, ossia senza che né venga considerata *ante rem* quella avvenuta, né venga ipotizzata la possibilità di una *post rem*, nella critica alla proprietà, sia di matrice utopistica sia in ambito economico-scientifico, si cerca di costruire un sistema che neghi l'appropriazione a priori dell'evolversi delle vicende umane.

Per individuare nella sua pienezza il fenomeno proprietario, dunque, diventa indispensabile, preliminarmente, ricostruire, seppur brevemente, una serie di nessi e relazioni con elementi apparentemente distanti o differenti che, invece, svolgono una funzione complementare e performante che consente una

²³ Per una ricostruzione storico-filosofica di questo determinante processo di formazione del pensiero e del metodo giuridico cfr. K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it, Milano 1964; W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano 1965; F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II voll., trad. it, Milano 1967.

chiarificazione determinante per la descrizione, *in toto*, delle dinamiche possessorie. La ricerca di un fondamento morale che consenta il passaggio dal momento appropriativo a quello della proprietà, la concezione e l'organizzazione della società in relazione alla visione e all'esercizio della sovranità nella forma dello Stato, la circolazione dei beni e la sua conseguente capacità di tessere rapporti intersoggettivi²⁴ alla luce della trasformazione che il ruolo della moneta assume: ognuno di questi aspetti ci consentirà di delineare quella cornice necessaria onde analizzare i modelli alternativi che hanno realizzato, ciascuno a suo modo, l'indiscussa affermazione della proprietà privata negli ordinamenti giuridici statuali. Cercheremo, quindi, in via preliminare, di leggere il fenomeno possessorio utilizzando delle coppie di concetti che rappresentino dei modelli di lettura idonei per inclinare il piano del nostro campo di indagine e perforare il muro ideologico della dicotomia proprietà individuale-proprietà collettiva, lungi dall'affermare in assoluto una nuova e insanabile dialettica tra due elementi in contrasto. La disciplina giuridica della proprietà porta con sé, necessariamente, in qualunque sua forma e in qualsiasi sistema un elemento etico, un elemento politico e un elemento sociologico: un richiamo a valori esterni, un modo di esercitare il potere sovrano, uno strumento per instaurare relazioni interpersonali.

L'appropriazione, come categoria filosofica, va, tuttavia, in crisi con l'erosione del *topos* "soggetto". Quanto a poco a poco crolla il dogma dell'unità dell'io e si apre la discussione sulle possibilità di "conoscere", tanto si sbiadisce la possibilità di definire la nozione stessa di appropriazione. Da Freud a Lacan passando per Ricoeur si realizza quella frattura insanabile tra l'elemento irrazionale e quello razionale della soggettività cosicché quest'ultimo non costituisce altro che una delle possibilità di un'esperienza umana definitivamente frammentata²⁵. Alla crisi del soggetto in ambito filosofico si

²⁴ La separazione tra proprietario e produttore non è un'invenzione del capitalismo borghese. Nel sistema feudale il *dominus* diretto non era il produttore materiale dei beni, non era il soggetto atto al lavoro del campo, né l'artigiano che forgiava armi e tesseva lana. Tuttavia, ipotizzare un'atavica identità tra proprietario e produttore significa ignorare l'aspetto interrelazionale che vige tra gli individui. La proprietà, in definitiva, è anche e soprattutto struttura sociale, sia che la si consideri come un diritto, sia che la si definisca come una funzione.

²⁵ Sul rapporto Freud-Lacan rimane una pietra miliare uno scritto di Louis Althusser (L. ALTHUSSER, *Freud e Lacan*, in "Aut Aut", 1974, p. 74-91, trad. it. di Andrea Sabbadini) nel quale viene messo in luce con una lucida e profonda ricostruzione il fondamentale nesso tra psicanalisi e linguistica. Su Ricoeur e la riflessione sul soggetto cfr.

accompagna il parallelo declino del diritto soggettivo in ambito giuridico²⁶. L'affermazione del *Rechtsstaat*, nell'elaborazione di studiosi del diritto pubblico, come Gerber e Laband, e di filosofi del diritto, come Hans Kelsen, presuppone l'inevitabile subordinazione e risoluzione del diritto soggettivo nel diritto oggettivo, della graduale osmosi della sfera privata in unica ed egemonica sfera pubblica di qualsiasi relazione giuridica²⁷. Il tema della proprietà, di conseguenza, necessita di una seria meditazione che ci consenta di ridefinire non solo i suoi limiti e le sue funzioni, ma anche e soprattutto la sua stessa nozione. Sarà nostro compito, pertanto, riconsiderare il fenomeno appropriativo²⁸ alla luce dell'evoluzione che il pensiero contemporaneo ha subito negli ultimi decenni, per poter delineare, da un lato, i tipi-ideali mediante i quali poter "leggere" compiutamente le dinamiche del presente, dall'altro, chiarire se e in quali ambiti sia possibile riformulare il concetto di proprietà. Tutto ciò non prima di aver ridisegnato un quadro delle critiche alla visione liberal-borghese del possesso come diritto naturale e "concetto metafisico" che in diverse discipline e in contesti distanti sono state avanzate in anticipo rispetto al generale mutamento di paradigma che ha condizionato la dottrina giuridica dell'ultimo secolo.

D. JERVOLINO, *Il cogito e l'ermeneutica. La questione del soggetto in Ricoeur*, Genova 1993.

²⁶ Sul tema cfr. R. ORESTANO, *Azioni, Diritti soggettivi, Persone giuridiche*, Bologna 1978; M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo: una vicenda teorica*, Milano 1996; F. RICCOBONO, *Soggetto Persona Diritti*, Napoli 1999.

²⁷ M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo*, cit., p. 29 e ss.

²⁸ Un acuto tentativo di esaminare l'appropriazione attraverso una lettura "esistenzialistica" è stato compiuto sempre da Andrea Bixio (cfr. A. BIXIO, *Contingenza sociale e teoria dell'azione*, Roma 1988, p. 75 e ss.)

I CAPITOLO

LA DIMENSIONE GIURIDICA DELLA PROPRIETÀ. ELEMENTI PER UNA RICOSTRUZIONE CRITICA

1. La giustificazione etica del possesso: tre possibili percorsi

L'appropriazione originaria, ma sarebbe meglio dire ciascuna legittimazione della proprietà, è accompagnata da una sua giustificazione etica, una ricerca di una regola morale prima che giuridica, avvenendo questa operazione in un momento necessariamente pre-giuridico che, anzi, fonda su di essa la giuridicità stessa. Ogni appropriazione, infatti, presuppone una elaborazione normativa che, figlia di una razionalizzazione piena che abbisogna di una completa conoscenza dell'oggetto, va a regolare delle situazioni e a individuare dei soggetti, già proprietari, sia in potenza che in atto.

La morale rappresenta la sintesi di elementi di varia natura che vanno a confluire organicamente in una teoria dei valori che costituisce la base ideologica di qualsiasi istituto giuridico e, in senso ampio, di qualsiasi visione complessiva del concetto di diritto²⁹. Sebbene il rapporto tra morale e diritto rappresenti una delle questioni tra le più dinamiche e le più delicate nell'evoluzione del pensiero filosofico, esso si manifesta come un momento necessario, la *condicio sine qua non* per qualunque approccio scientifico alle problematiche giusfilosofiche³⁰.

²⁹ Cfr. E. TROELTSCH, *Etica, religione filosofia della storia*, trad. it, Napoli 1974, p. 128.

³⁰ Seppur attenuata o addirittura recisa, la reciproca connessione tra le due discipline si ripresenta sempre. Anche se in via preliminare o con intenti critici, anche se con l'obiettivo di separare i due campi, tale operazione non può essere mai sottintesa ma va sempre manifestata. Un esempio su tutti è rappresentato da Hans Kelsen nell'elaborazione della sua "dottrina pura". Il giurista praghese, come *incipit* della sua celebre teoria affronta proprio in via principale il rapporto tra diritto e morale, escludendo la seconda dalla sua analisi e dalla sua costruzione teoretica. Sebbene la posizione di Kelsen vada comunque letta alla luce delle influenze neo-kantiane che determinano certe sue nette sottolineature, tuttavia costituisce un valido riferimento per comprendere la centralità del problema morale in merito alle questioni giuridiche, soprattutto l'impossibilità dal parte degli studiosi di

Lungi dal farsi interpreti o narratori di un così complesso e tempestoso crocevia teoretico, in questa sede si tenterà semplicemente di delineare i presupposti etici che hanno favorito, sul piano giuridico, la definitiva consacrazione del possesso individuale elevandolo a cardine e a principio fondamentale del diritto *tout court*. Nel nostro percorso tenteremo di tracciare un quadro all'interno del quale descriveremo tre modelli di giustificazione del possesso: un primo di ispirazione teologica, un secondo fondato sul concetto di lavoro, un terzo e ultimo basato sull'etica della responsabilità. In taluni casi, pertanto, assistiamo ad appropriazioni in nome di un ordine trascendente-teologico, laddove un potere che fonda il proprio valore su di una *lex divina* anteriore e superiore a qualsiasi norma positiva. In altri invece si afferma una giustificazione etica che pone l'agire piuttosto che l'essere alla base di essa. In un primo momento è il tema del lavoro ad assumere man mano un ruolo centrale, soprattutto nella società mercantile e pre-capitalista³¹: nei secoli XIII e XIV per opera

“schivare” facilmente l'insormontabile ostacolo che esso rappresenta. Cfr. H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura*, trad it. Torino 1952, p. 56 e ss.

³¹ Sul passaggio da un'economia feudale ad un'economia capitalista appare interessante rammentare la disputa dottrinarica che, nei primi anni Cinquanta del secolo scorso, ha visto protagonista il “marxista” M. Dobb e lo “schumpeteriano” P. M. Sweezy. Mentre il primo propugnava la tesi secondo la quale la crisi del sistema feudale andava cercata “al suo interno” nell'insorgere di una contraddizione tra i rapporti sociali di produzione e lo sviluppo delle forze produttive, l'economista americano ribatteva che non costituisce un momento centrale il contrasto tra un'economia naturale, fondata sul consumo e sulla mera sussistenza, ed un'economia di mercato, fondata sullo scambio, bensì la circostanza per la quale si realizza la produzione per il mercato. In altre parole secondo Sweezy non basta il semplice sviluppo di una rapida e ingente attività commerciale a mettere in crisi la struttura socio-economica del feudalesimo, ma il verificarsi di una trasformazione del metodo produttivo. In definitiva a dividere i due studiosi vi è la diversa interpretazione del rapporto di causa-effetto tra due fenomeni. Dobb considera, infatti, il cambio del sistema di produzione, ossia finalizzato non più al consumo ma allo scambio, un effetto del mutamento dei rapporti sociali, di una ricomposizione del dualismo “sfruttatori-sfruttati”, nonché dell'evoluzione di un pensiero economico votato al mercantilismo; Sweezy, invece, valuta la rivoluzione del metodo di produzione come la causa di un radicale sovvertimento degli equilibri del mondo economico e del contesto sociale. Per Sweezy, dunque, vi è un fenomeno “esterno” che determina il mutamento che nasce dal XIV e si conclude nel XVI secolo. In particolar modo egli individua, semmai, nel commercio a distanza con le popolazioni lontane dal Vecchio Continente un determinante elemento di rottura con le antiquate e declinanti strutture economiche feudali. Anche nell'analisi di tale fondamentale segmento di storia europea c'è una sostanziale divisione. Mentre Dobb considera quell'arco di tempo che va dal 1300 al 1500 come una transizione da un sistema all'altro (periodo che il giapponese H. K. Takahashi divide a sua volta in due parti, l'una terminante con il regno di Edoardo III di Inghilterra e il secondo con l'inizio dell'età elisabettiana), Sweezy lo definisce come una fase “mercantile-precapitalistica” nella quale non è riscontrabile alcuna forma di continuità con il vecchio sistema economico, ma piuttosto una vera e propria forma di isolamento. Cfr. *La transizione dal feudalesimo al capitalismo*, a cura di G. Bolaffi, Roma 1975, pp. 7-16. Sul tema delle origini del

della scolastica tomistica che fonde la verticalità medievale, sociale e filosofica, la tripartizione della legge sul modello della trinità e la necessaria orizzontalità degli scambi commerciali; nel XVII sec., alla vigilia della prima rivoluzione industriale con John Locke nel cui sistema si osserva una coesistenza di più piani conoscitivi. In un secondo tempo, nella fase del cosiddetto “capitalismo maturo”, è la considerazione razionale degli effetti sociali che l’agire umano produce a costituire la base del pensiero etico in chiave politica ed economica.

La giustificazione etica, tuttavia, pur costituendo un momento decisivo e fondante di un determinato sistema di pensiero, rappresenta l’anello di congiunzione tra fenomeni che la precedono, come l’acquisizione di regole sociali ed economiche, ed altri che la seguono, come la nascita di ordinamenti giuridici che da essa prendono ispirazione e forma. In altre parole essa è il consolidamento che costituisce la base valoriale per certificare ed avallare un particolare fenomeno appropriativo.

La proprietà individuale si afferma come base di un determinato sistema economico e come conseguenza di un rinnovato modo di concepire la morale. Ad un’etica della *privazione*, che consideriamo del primo tipo, si sostituisce un’etica della *accumulazione*, che ha come base il secondo tipo di istanza. Il distacco dal tradizionale e consolidato sistema del pensiero morale medievale, improntato su un’etica cristiana fondata principalmente sul valore della *charitas*, può essere descritto attraverso alcuni fondamentali passaggi. In primo luogo il diritto naturale non rappresenta più né un modello ideale, né uno *ius* trascendente l’uomo né, al tempo stesso, un’emanazione del diritto divino; in altre parole esso non è considerato come un dover-essere a cui l’azione umana e la legislazione positiva debbano far necessario riferimento, aderendo incondizionatamente ai suoi principi. La tripartizione agostiniano-tomistica di *lex divina*, *lex naturalis* e *lex positiva* scompare per lasciare il posto ad un diritto naturale che, dapprima, si configura non più gerarchicamente inferiore e dipendente, ma parallelo ed autonomo al diritto divino, poi, in un secondo momento, del tutto indifferente allo *ius aeternum*. La groziana affermazione dell’esistenza di un diritto naturale *etiamsi daremus non esse Deum* certifica questo ineluttabile cambio di prospettiva che prepara la strada alla definitiva affermazione di una

capitalismo e dell’accumulazione cfr. *Sulla genesi del capitalismo*, a cura di Ludovico Mantello, Roma 1992; J. COMMONS, *I fondamenti giuridici del capitalismo*, Bologna 1981; H. JAFFE, *Processo capitalista e teoria dell’accumulazione*, Milano 1973;

lex positiva che, nel nominalismo hobbesiano, trova la sua più potente e definitiva affermazione³². Lo stato di natura e lo stato di civile presentano entrambi come unico valore quello dell'autoconservazione. Il rispetto di principi, norme o leggi presupposti al diritto positivo del sovrano non è affatto previsto, scompare qualsiasi riferimento ad un dover-essere sia nella sua accezione immanente, sia nel suo significato trascendente. La *lex naturalis* non si identifica più nel Decalogo, secondo la concezione tomistica, né presuppone la presenza nell'uomo della conoscenza innata di principi superiori³³.

L'etica che il pensiero cristiano nel corso dei secoli ha elaborato in merito al problema del possesso scaturisce da una visione complessiva della vita umana, del suo rapporto con Dio e delle sue dinamiche sociali. L'oggetto della riflessione è rappresentato da un *universum* concepito come *creatio*. La rigida struttura a gradi, nella quale gli enti, tra i quali l'uomo, vengono collocati in un ordine prestabilito³⁴, costituisce il perno attorno al quale ruotano tutte le

³² Ciò che distingue il nominalismo di Hobbes da quello di Duns Scoto e Guglielmo di Ockham è il ruolo che la *voluntas* e la *ratio* assumono nel suo sistema filosofico. Se nei pensatori francescani la legge naturale appariva da un lato come un ordinamento divino eminentemente positivo, dall'altro come espressione diretta e non mediata della volontà di Dio, nel pensiero di Hobbes il diritto naturale è intimamente legato alla condizione dell'uomo nello stato di natura e i suoi principi sono razionalmente deducibili. La volontà incondizionata compare solo nello stato civile, ma non appartiene più a Dio bensì al sovrano. Cfr. W. HOERES, *La volontà come perfezione pura in Duns Scoto*, trad. it, Padova 1976; N. ABBAGNANO, *Guglielmo di Ockham*, Lanciano 1931; A. GHISALBERTI, *Introduzione a Ockham*, Roma-Bari 1976.

³³ Tal concezione viene elaborata in particolar modo dai primi pensatori francescani. Se si confrontano i testi di Alessandro di Hales e di Bonaventura si coglie l'esigenza di trovare un'istanza intrinseca all'uomo che gli consenta di tradurre in azioni, mediante il pensiero e la volontà, i precetti del diritto naturale. Compaiono, dunque, i concetti di *conscientia*, intesa come la conoscenza innata dei principi superiori, e quello di *synderesis*, ossia un orientamento innato verso il bene morale. Cfr. S. VANNI ROVIGHI, *San Bonaventura*, Milano 1974; J. ROHLS, *Storia dell'etica*, cit.

³⁴ Nonostante il pensiero dell'Umanesimo inverta il rapporto uomo-natura, quantomeno per ciò che concerne il campo di indagine del pensiero filosofico, nei primi autori del XIV e del XV secolo, soprattutto quelli legati alla corrente del neo-platonismo, permane una visione gerarchica e a gradi del cosmo. In Cusano, il dualismo tra Dio come universo implicito e l'universo come Dio contratto porta a considerare l'uomo come anello di congiunzione di due mondi che, tuttavia, non può conoscere appieno, limitato dalla sua *docta ignorantia* che, se da un lato lo svincola dal dogmatismo più radicale, dall'altro limita la sua ricerca verso la conoscenza del vero. Ancora in Marsilio Ficino l'uomo è il centro di unificazione di tutte le cose, protagonista di un universo nel quale, tuttavia, risulta intimamente legato, se anche in una posizione privilegiata, alla realtà naturale; sulla filosofia di Nicola Cusano cfr. G. SANTINELLO, *Introduzione a Nicola Cusano*, Bari 1971; *Nicolaus de Cusa: scritti filosofici*, a cura di Giuseppe Santinello, Bologna 1965-1980; sempre su Cusano risulta piuttosto interessante una breve pubblicazione che analizza il rapporto tra la dialettica di Cusano e quella di Immanuel Kant (A. GIOIA, *Lo sviluppo del concetto di dialettica in Cusano e in Kant: exceptum theseos ad doctoratum in philosophia*,

discipline dello scibile umano, sia per quanto riguarda il piano metodologico, sia per ciò che concerne i loro contenuti.

Anche il diritto si manifesta a livelli differenti in virtù dei quali le norme positive sono ritenute legittime solo se aderenti alla *lex naturalis*³⁵. La figura di Dio, come unico vero *dominus* dell'universo, e quella dell'uomo, come semplice usufruttuario, pur essendo state ben presto superate nella loro accezione letterale e metaforica, resistono, in maniera inconsapevole o sotto altre vesti, come ipostasi consolidate e riferimento ideologico costante nell'evoluzione nell'ambito del discorso proprietario. L'etica della privazione, infatti, trova forza e vigore come esaltazione della virtù teologale della *charitas*, presupposto necessario per la salvezza eterna³⁶. Tuttavia, al di là della questione eminentemente morale, è l'ontologia medievale che porta l'uomo a considerare il mondo a sé circostante come una realtà vivente, non pienamente conoscibile, non pienamente governabile³⁷ e, quindi, ne limita l'azione, circoscrivendolo nell'ambito dell'*usus*³⁸.

Se, per i medioevali, uomini e cose sono elementi di un ordine onnicomprensivo, espressione in forme diverse di un disegno divino,

Roma). Sulla figura di Marsilio Ficino cfr. *Il lume del sole: Marsilio Ficino medico dell'anima*. Valdarno Palazzo Comunale, 18 maggio-19 agosto 1984, Firenze 1984; *Marsilio Ficino e il ritorno di Platone: studi e documenti*, a cura di Giancarlo Garfagnini, Firenze 1986; I. KLUSTEIN, *Marsilio Ficino et la theologie ancienne: Oracles chaldeïques, Hymnes orphiques, Hymnes de Proclus*, Firenze 1987;

³⁵ Sebbene la distinzione e il relativo rapporto di subordinazione tra lo *ius naturale* e la *lex positiva* sia già presente nell'opera di Agostino, è mediante la ricezione dell'etica aristotelica nella teoresi di Tommaso d'Aquino che tale principio prende vigore. Per ciò che concerne il contenuto della *lex naturalis*, è interessante ricordare che l'identità tra il diritto naturale e lo *ius gentium*, che nella letteratura giuridica romana elaborata da Ulpiano, trova nel contesto del pensiero cristiano la sua definitiva formulazione da parte di Isidoro di Siviglia e, tramite Graziano, viene fatta propria anche dal nascente diritto canonico.

³⁶ E' soprattutto dalla lettura di Tommaso d'Aquino che la *charitas* assume un ruolo egemonizzante, tanto da essere considerata la virtù teologale primaria, dal momento che essa rappresenta la sostituzione del vizio operata, come ultimo fine dell'uomo, dalla grazia sacramentale infusa da Dio.

³⁷ Il limite della conoscenza umana rappresenta un *leit motiv* di tutto il pensiero scolastico, che subordina costantemente la scienza e la filosofia stessa alla teologia, in quel sistema rigido e piramidale che è emblematicamente rappresentato dalla partizione che struttura il Trivio e il Quadrivio nell'ambito dell'educazione universitaria. Tuttavia, anche dopo il cambio di prospettiva filosofica che l'Umanesimo-Rinascimento apporta, in contemporanea o come reazione alla rivoluzione scientifica, permangono autorevolissime dottrine che subordinano alla fede la vera conoscenza, anche per ciò che riguarda il mondo sensibile. Basti pensare alla concezione dell'uomo di Pascal, che in pieno Seicento appare ancora sospeso "tra l'infinitamente grande e l'infinitamente piccolo".

³⁸ P. GROSSI, *Il dominio e le cose, Percezioni medievali e moderne dei diritti reali* Milano 1974, p. 438 e ss.

per i moderni vi è una radicale frattura tra il soggetto e l'oggetto³⁹: il reale diventa pura espansione del soggetto, il "mio" una pura esteriorizzazione del "me"⁴⁰. Il *dominium* diventa un qualcosa in più di un insieme confuso di "iura" e "facultates"⁴¹. Se prima su di una singola *res* esistevano una serie di diritti e di poteri imputabili a diversi soggetti, ora in capo ad un singolo individuo sono ascrivibili un numero illimitato di beni. La proprietà diventa l'espressione massima della libertà dell'uomo, una libertà che non va considerata nella relazione con i suoi simili, ma come una libertà dal divino e verso la natura. Libertà "da", nei confronti di un qualsiasi vincolo etico, libertà "di", nei riguardi del mondo a lui circostante. Siamo di fronte ad una vera e propria rivoluzione copernicana che nell'ambito del diritto di proprietà trova forse la sua manifestazione più radicale.

La proprietà, pertanto, non è più concepita come oggetto, come semplice *dominium* su una *res*, ma come estensione del soggetto, come autoaffermazione della propria capacità e del proprio potere illimitato sulla natura. La proprietà, in un certo qual senso, "arretra" a favore del proprietario.

Il tema dell'autoconservazione, che nell'opera di Thomas Hobbes si svincola da ogni legame con una qualsiasi teleologia, costituisce l'espressione più lampante di una diversa metodologia nell'impostazione dell'analisi del dato reale. Il pensatore inglese, in definitiva, applica quel metodo analitico di matrice cartesiano-galileiano alla descrizione della natura umana al fine di elaborare una teoria meccanicistica dello Stato, un sistema matematicamente dimostrabile del vivere comune, un'antropologia del tutto slegata dal dogmatismo teologico e dal finalismo di ispirazione aristotelica. Il punto di partenza, pertanto, di qualsiasi considerazione sull'esistenza diventa il singolo, l'uomo nella sua individualità⁴².

³⁹ Nelle parole di Leibniz troviamo forse la più laconica delle definizioni: «Subjectum qualitatis moralis est Persona et Res. Persona est substantia rationalis, corpore vel naturalis vel civilis» (*Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae*, 1667, 15 p. 301). Cfr. *infra* n. 42 p. 19

⁴⁰ *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, a cura di Paolo Grossi, Milano 1973, p.131-139

⁴¹ «Facultas seu ius perfecte disponendo est effectus dominii, non secus ac facultas ridendi est effectus hominis» (MOLINA, *De iustitia et iure*, II, 3, 35).

⁴² In Hobbes, come già in Vico, emerge un interesse per la storia, suscitogli dalla lettura di Tuciddide, intesa questa sia come il risultato dell'agire umano – che Leo Strauss definisce "il mondo delle costruzioni" – sia come principale guida etica. Una storia, in definitiva, subordinata al pensiero scientifico che quasi si sostituisce alla filosofia morale. Cfr. L. STRAUSS, *Diritto naturale e storia*, trad. it., Milano 1953; A. PACCHI, *Introduzione a Hobbes*, Roma-Bari 1971.

L'etica, di conseguenza, non muove più da Dio verso l'uomo, dal divino all'umano, e inoltre, non è più rivelata. Essa, infatti, parte dall'individuo e rimane nell'ambito mondano tanto che la sua fonte di conoscenza è la ragione stessa e non la rivelazione divina⁴³. Il rapporto tra l'universale e il particolare si rompe e il comportamento umano non è condizionato direttamente e principalmente dal rapporto con Dio, bensì dal rapporto *inter homines*. Il rapporto spirituale con Dio viene interiorizzato, quello materiale con gli uomini secolarizzato⁴⁴. La prima operazione si realizza definitivamente con la diffusione del protestantesimo che, soprattutto nella sua versione luterana, elimina qualsiasi intermediario tra l'uomo e Dio, e, a un tempo, riduce tale rapporto al solo atto di fede, svincolando del tutto la legge morale⁴⁵. Il secondo passaggio, corollario del primo, trova, in particolar modo nella morale calvinista, il punto di fusione tra le istanze teologiche e le nuove esigenze dell'economia moderna. Infatti, l'accostamento tra la prosperità in terra e la salvezza ultraterrena risulta un efficace quanto pericoloso adattamento della giustificazione biblica del possesso tramite il lavoro⁴⁶. Tuttavia, tale argomentazione – che sarà ben presto e in maniera determinante ripresa dal Locke – nella versione calvinista, considera il lavoro non come mezzo ma

⁴³ Leibniz distingue «Potentia agendi, et necessitatis agendi; ita potentia moralis dicitur jus, necessitas morali dicitur obligatio» (*Nova methodus*, cit. 14a)

⁴⁴ Nella prefazione del *De officio hominis et civis*, Pufendorf distingue con grande chiarezza il diritto naturale dalla legge morale. Mentre il primo attiene alla vita terrena e regola le azioni interne, la seconda riguarda il mondo ultraterreno e stabilisce la condotta delle azioni interne. Successivamente sarà Thomasius, nel *Proemio* dei suoi *Fundamenta juris Naturae et Gentium* a definire il buono come ipostasi dell'azione interna e il giusto come ipostasi dell'azione esterna. La separazione tra il momento etico e quello giuridico costituisce dunque presupposto decisivo, punto di partenza inevitabile per la corrente giusnaturalistica del pensiero giuridico moderno tedesco la cui sintesi può essere rinvenuta nell'intenzione del giurista di Lipsia di “non volersi occupare del diritto di Dio verso gli uomini ...ma del diritto degli uomini tra di loro” (*Institutiones Jurisprudentiae Divinae*, L. III, cap. VII, 6 e ss.) ; cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., pp. 109-120.

⁴⁵ Già in Abelardo la coscienza del singolo diventa il criterio di qualità etica di un'azione. Essa, tuttavia, rimane vincolata ad un obbligo, ad una legge morale che dall'esterno vincola il comportamento umano. La dottrina dei francescani apre al libero arbitrio, ma lo subordina in ultima analisi comunque a Dio, distinguendo la causa prima dalle cause seconde. Il definitivo distacco dell'etica avviene solo con l'affermazione del luteranesimo che segna il passo decisivo verso l'immanenza della morale, attraverso la dicotomia moralità della fede – legge morale naturale. Cfr. E. TROELTSCH, *Etica, religione filosofia della storia*, cit., p. 131 e ss.

⁴⁶ Il rapporto tra il fenomeno culturale della Riforma e il suo sviluppo nel calvinismo ed il fenomeno economico del capitalismo è stato messo in luce, come noto, da Weber nel già citato *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus* (M. WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, trad. it, ed. Milano 1991.)

come risultato; coerentemente, infatti, con una visione ispirata al principio della predestinazione, non è l'intenzione del singolo, ma il prodotto visibile delle sue azioni che dimostra l'avvenuta concessione della grazia. L'etica del lavoro, in definitiva, si trasforma in una mera constatazione oggettiva. Il primato della *vita contemplativa* sulla *vita activa*, figlia del concetto dei due gradi di perfezione etica, ancora presente negli scritti di Tommaso⁴⁷, viene spazzato via, completamente. Si sviluppa e si afferma, definitivamente con Samuel Pufendorf, la distinzione tra teologia morale e diritto⁴⁸.

In tale contesto, l'ideal-tipo stato di natura fornisce, da un lato, il definitivo distacco dell'antropologia teologica, ancora viva nel contesto della tarda scolastica, rendendo autonoma la morale della

⁴⁷ Per cogliere a fondo l'evoluzione del fenomeno può risultare decisivo considerare il mutamento che il monachesimo subisce nel corso dei secoli. Se il monachesimo greco, fondato su una morale che distingue due livelli di perfezione (che sia in Ambrogio, tramite la distinzione tra *praeceptum* e *consilium*, sia, poi, nell'opera di Tommaso trova la sua più autorevole definizione), si caratterizza per la sua rinuncia al mondo costituendo la più radicale negazione della vita temporale, il successivo affermarsi degli ordini benedettini, prima, e degli ordini mendicanti, dopo, non solo attenua questa tendenza alla chiusura verso i beni materiali, ma apre, implicitamente, la strada al cambiamento di pensiero che porta l'uomo a porsi in maniera del tutto differente nei confronti del creato, spingendolo ad una autonomia e ad un'intraprendenza che, a poco a poco, lo liberano sempre di più dai gangli di quella spiritualità e di quella rigida dogmatica che limita il suo agire e il suo desiderio di conoscenza del mondo che lo circonda; cfr. V. CILENTO, *Medioevo monastico e scolastico*, Milano-Napoli 1961; G. TURBASSI, *Ascetismo e monachesimo prebenedettino*, Roma 1961; C. H. LAWRENCE, *Medieval monasticism. Forms of religious life in Western Europe in Middle Ages*, London-New York, 1984; *Il Monachesimo nel primo millennio: storia europea. Atti del convegno internazionale di studi, Roma 24-25 febbraio 1989, Casamari, 26 febbraio 1989*, Roma 1989; I. GORBY, *Storia del monachesimo*, Roma 1991.

⁴⁸ Cfr. *supra* n. 44. A riguardo, la posizione di Leibniz, invece, può essere a buon ragione considerata, a un tempo, come "resistente" e innovatrice. Se da un lato, infatti, attraverso l'esposizione dei tre principi del "*neminem laedere*", "*suum cuique tribuere*" e "*honeste vivere*" il rapporto uomo-Dio non viene del tutto estromesso dall'ambito giuridico, d'altro canto, essi individuano settori diversi del diritto, ciascuno dei quali rappresenta gradi differenti di giustizia. *Ius strictum*, *ius aequum* e *ius pietatis* costituiscono, in ultima analisi, i gradi di avvicinamento a quel modello di perfezione che il filosofo tedesco identifica con la *caritas sapientis*; cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 140 e ss.

Infine, anche per quanto concerne l'aspetto metodologico, Leibniz considera l'*eruditio* del giureconsulto secondo i canoni classici della teologia. Quest'ultima viene definita come "giurisprudenza dal valore universale" (cfr. *Nova methodus*, cit. II, 4, p. 294 e ss.). Tuttavia, pur indicando una sostanziale identità di metodo tra giurisprudenza e teologia, la *lex humana*, almeno per ciò che concerne il campo di applicazione, appare alquanto svincolata dalla *lex divina* e mantiene un'ampia autonomia, pur all'interno di un processo di unificazione concettuale e teleologica che vede il netto predominio della *ratio* sulla *voluntas*, o quanto meno un naturale adeguamento della seconda verso la prima. Cfr. R. PALAIA, *Unità metodologica*, cit., p. 149.

Rivelazione, dall'altro, il fondamento etico del tutto indipendente che, comunque e dovunque, soggiace all'idea di diritto⁴⁹.

Il mutamento di prospettiva etico-teologico del rapporto dell'uomo con Dio, dell'uomo con i suoi stessi simili fa scomparire, dunque, l'idea del "superfluo" che era alla base della *charitas* fin dai tempi dei primi secoli dell'era cristiana⁵⁰. Tale sistema di valori, in un

⁴⁹ Il problema si complica, poi, con l'affermazione dello scetticismo humiano e del criticismo kantiano grazie ai quali l'unificazione tra conoscere ed agire, tra scienze naturali e scienza morale viene definitivamente meno. La base dell'etica non è più rappresentata dalla natura (oggetto), intesa questa sia come sostrato ontologico, sia come campo di indagine conoscitivo, ma l'uomo stesso (soggetto) che non è "individuo" nel senso che l'esistenzialismo gli darà nel Novecento, ma collocato in una dimensione trascendentale. Sul rapporto tra Hume e Kant cfr. H. LAUENER, *Hume und Kant. Systematische Gegenüber-Stellung einiger Hauptpunkte ihrer Lehren*, Bern-München 1969.

⁵⁰ La proprietà, nel pensiero dei primi padri, ha costituito l'oggetto di un lungo e interessante dibattito dottrinario. Nei primi anni della diffusione della religione cristiana il tema del possesso nel suo primitivo approccio subisce l'influenza della concezione veterotestamentaria nel quale la povertà costituisce un valore quasi sociologico e l'accumulazione del capitale un fenomeno da evitare. Nella pratica il diritto ebraico contemplava due importanti istituti: l'anno sabbatico, attraverso il quale si attuava una generalizzata remissione dei debiti, e il giubileo, mediante il quale si verificava il ritorno dei beni al proprietario originario. Tuttavia, già nei testi evangelici la proprietà diventa oggetto di un discorso prevalentemente etico e religioso a danno di una visione giuridica e sociale del problema. Mettendo in luce i rischi e i pericoli che il possesso porta con sé, emerge, contemporaneamente, una visione della solidarietà umana che, pur non distruggendo il principio della proprietà privata, ne riduce fortemente il valore a favore del bene comune. Inoltre l'elemosina verso i poveri viene intesa non tanto come un obbligo, quanto come una strada di perfezione morale che può condurre l'uomo alla salvezza. Nelle lettere di Paolo (soprattutto nella *Lettera a Timoteo*) si afferma l'idea che la ricchezza, in quanto opera di Dio, non è di per sé fonte di corruzione e i fedeli sono spinti ad assumere un atteggiamento di generica moderazione nei confronti dei beni terreni. L'unica condanna nitida è quella rivolta contro l'avarizia. Gli attacchi più violenti alla appropriazione individuale, tuttavia, si trovano nei testi più antichi del cristianesimo. Se nella *Lettera di Giacomo* si legge una violenta reprimenda verso i ricchi, nel *Didachè* e nell'*Epistola di Barnaba* viene teorizzata una forma di comunismo mistico che, rifacendosi agli *Atti degli apostoli*, prende come modello la prima comunità di Gerusalemme. Tale aspre invettive hanno l'obiettivo di sottolineare l'importanza della *caritas* come presupposto dell'agire umano, la svalutazione dei beni temporali e la celebrazione dello spirito di fratellanza e dell'obbligo di assistenza reciproca. L'affermazione di tali principi, al fine di offrire un adeguato valore etico all'uso dei beni, rappresenta una delle maggiori preoccupazioni dei primi padri. Lo spunto più interessante a riguardo viene dagli scritti di Clemente Alessandrino, nei quali viene presentato un rapporto Dio-uomo nel quale il primo è l'unico proprietario e il secondo un semplice usufruttuario. Questa visione, seppur già prospettata nella *Lettera a Diogneto*, si accompagna qui ad una concezione della ricchezza e della povertà che non considera più questi come valori assoluti. Ad ogni modo è nelle opere dei Padri Cappadoci, S. Basilio e Gregorio di Nazanzio su tutti, che possiamo scovare gli elementi più interessanti e una sintesi più omogenea dei punti fondamentali della dottrina etica che il primo cristianesimo adotta in tema di proprietà. In entrambi il dualismo tra la condotta di vita normale, che consente la proprietà individuale, ed il perfezionamento spirituale, che impone il distacco dai beni materiali, viene definitivamente delineato. Ancora in Gregorio di Nissa i poveri sono descritti come gli arbitri del bene e del male e lo *ius abutendi* viene fermamente

contesto storico nel quale viveva un'economia di sussistenza trovava ancora spazio nelle concessioni che di grado in grado della scala sociale venivano garantite dal collaudato meccanismo del "dominio utile"⁵¹. Ma in un contesto economico caratterizzato dalla circolazione della moneta e dalla nascita del "mercato" la tavola dei valori deve necessariamente mutare. La distinzione di matrice aristotelica tra utile "in senso tecnico" e utile "in senso umanistico"⁵² si dissolve a vantaggio del primo; la giustificazione dell'interesse nell'ambito dell'attività creditizia viene raggiunta, sia in ambito economico, grazie all'opera degli economisti italiani Lottini e Davanzati⁵³, sia in ambito teologico-morale, grazie alla celebre distinzione di Calvino tra credito produttivo ed usura⁵⁴. Ad una visione oggettiva, trascendentale e collettiva dell'etica economica fondata sul principio della reciproca assistenza e su una struttura piramidale della società, se ne contrappone una soggettiva, immanente ed individualista che ha come base ideologica una visione antagonista e atomizzata della società stessa.

In tale contesto, dunque, il lavoro diventa la categoria "unificata" e "unificante" attorno alla quale, sia seguendo l'orientamento del cristianesimo riformato, sia leggendo le teorie dei filosofi più sensibili all'evoluzione della scienza moderna, un nuovo modello etico fonda i suoi principi costituendo una rinnovata struttura de-ontologica. Categoria unificata, perché l'intera congerie delle attività produttive viene indifferenziatamente considerata sotto tale concetto⁵⁵; categoria unificante perché costituisce la base valoriale su cui si vanno a costruire i principali, e spesso contrapposti, sistemi di

condannato. Cfr. J. M. PALACIO, *Concetto cristiano della proprietà*, trad. it. Milano 1937; Cfr. L. ORABONA., *Cristianesimo e proprietà*. Roma 1964.

⁵¹ P. GROSSI, *Il dominio e le cose*, cit. p. 450 e ss.

⁵² P.E. TAVIANI, *Il concetto di utilità nella teoria economica*, I, Firenze 1945, p. 5

⁵³ Il Davanzati sentenzia: «Non possono anche i prezzi del cambio star fermi in su la pari, ma vanno in su e in giù secondo le strettezze o larghezze, e secondo che richiede l'utile che deve porgere il cambio. Perché se si cambiasse sempre alla pari e a un prezzo, i ritorni non potrebbero essere con utile; onde resterebbero gli scambi per arte, e quelli necessari per mercanzie non basterebbero...» (B. DAVANZATI, *Notizia de' cambi*, tomo II, ed. Roma 1966 pp. 54-55.); cfr. G. LOTTINI, *Avvenimenti civili*, ed. Bologna 1941; cfr. P.E. TAVIANI, *Il concetto di utilità nella teoria economica*, cit., p. 27 e ss.

⁵⁴ L'argomentazione del predicatore ginevrino muove dall'assunto che, fermo restando la naturale sterilità del denaro, così come sancita dalla tradizione tomistica, la *petitio ad interesse* va drasticamente distinta dall'usura nel momento in cui l'attività creditizia non si limita a soddisfare un interesse individuale, ma contribuisce ad accrescere l'utilità collettiva per il bene della comunità. Cfr. CALVINO, *Questiones iuridices*, 1545.

⁵⁵ Cfr. L. BACCELLI, *Lavoro*, in *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, a cura di Augusto Barbera, Bologna 1998, p. 151-165

pensiero in ambito filosofico-politico⁵⁶. La giustificazione del possesso attraverso il lavoro conduce inevitabilmente al pensiero di John Locke e ai suoi *Two Treatises of Government*. Tuttavia è necessario operare un “rischiamento” in merito ad alcune questioni.

Il punto focale della filosofia lockiana che determina uno scarto decisivo nella evoluzione del pensiero individualista è rappresentato dal limite dato alla conoscenza umana, relegata nell’ambito dei sensi, come corollario del limite alla ragione umana di cui egli è fervido assertore⁵⁷. Ma ciò che toglie alla ragione sul piano gnoseologico viene poi ricompensato dall’autonomia e dal primato che essa riceve nel rapporto con la fede, in netto contrasto con la tradizione scolastica e la filosofia cartesiana⁵⁸. È infatti la verità di fede che deve essere conforme a quella di ragione. Emerge con chiarezza, poi, già nella prime pagine dei suoi scritti politici la connessione tra la dottrina dello Stato e quella della proprietà⁵⁹. Quest’ultima è riconosciuta come diritto all’uomo, laddove per uomo si intende Umanità e proprietà l’insieme del creato. La famosa critica delle tesi di Filmer⁶⁰ è di ordine prettamente teologico, ma il forte richiamo alla *Genesi* conferma tale coerente indirizzo in tutti i suoi scritti. L’idea dell’uomo come umanità ricompare nel concetto di autoconservazione che Locke

⁵⁶ Se la centralità del lavoro è presente fin dalla nascita del liberalismo, proprio in opposizione a tale sistema di pensiero esso diventa elemento fondante sia della dottrina del cosiddetto cristianesimo sociale, in seguito alla pubblicazione dell’enciclica *Rerum novarum*, sia come noto del socialismo di ispirazione marxista. La formula dell’articolo 1 della Costituzione del ’48 – la cui redazione è figlia della fusione di questi tre grandi orientamenti – misura in maniera mirabile quanto esso sia egualmente radicato in così differenti tradizioni culturali.

⁵⁷ Il pensiero sui limiti della conoscenza umana attraversa gran parte dell’opera di Locke in particolare cfr. J. LOCKE, *La conoscenza umana*, trad. it. di A. Carlini, Bari 1948; ID., *Saggio sull’intelligenza umana; secondo abbozzo*, trad. it, Bari 1968.

⁵⁸ Nell’ *Essays on the Law of Nature* egli scrive: « ...la fede non cancella i confini della conoscenza, non scuote i fondamenti della ragione, ma ci lascia il completo uso delle nostre facoltà. » [J. LOCKE, *Saggio sulla legge naturale*, trad. it. di M. Cristiani, Bari 1973, p. 277]

⁵⁹ « La proprietà la cui origine è il diritto di servirsi di qualcuna delle creature inferiori per la sussistenza e il conforto della propria vita, è diretta al beneficio e al vantaggio esclusivo del proprietario, così che egli può anche distruggere la cosa che egli ha in proprietà con l’uso che ne fa, quando la necessità lo richieda, ma il governo, avendo di mira la conservazione del diritto e della proprietà di ciascuno col preservarlo dalla violenza e dall’offesa altrui, è diretto al bene dei governanti...» (J. LOCKE, *I Treatise*, trad. it. *Due trattati sul governo*, Torino 1948, p. 163-64)

⁶⁰ Nel 1680 venne pubblicato postumo un breve scritto di Robert Filmer, *Patriarcha: or the Natural Power of Kings*, nel quale venivano sostenute con forza le tesi dell’assolutismo monarchico. Attorno a tale volume nacque un acceso dibattito a cui Locke partecipò attivamente, tanto da costituire l’argomento principale del Primo Trattato. Sul tema cfr. M. SINA, *Introduzione a Locke*, Bari 1982, p. 37 e ss.

estende al genere, rispetto ad Hobbes che lo limitava al singolo, fondendo su tale assunto il suo stato di natura⁶¹. Nel *II Treatise* la giustificazione della proprietà tramite il lavoro, secondo la ricostruzione tradizionalmente fatta, avviene tenendo negli occhi un sistema di produzione che pone gli uomini nelle stesse condizioni e con le stesse opportunità di lavoro. Tuttavia la posizione dell'empirista inglese appare molto più complessa⁶². La teoria della proprietà di Locke è una costruzione per gradi che lascia trasparire non un superamento storico-dialettico tra momenti diversi del vivere umano quanto una stratificazione permanente di elementi che coesistono e che si aggiungono l'uno sull'altro in virtù dello sviluppo sempre più complesso delle dinamiche economiche e sociali. Se l'origine viene descritta, in aderenza al canone biblico, come la creazione della comune ricchezza della terra per tutta l'Umanità, in un secondo tempo avviene l'appropriazione della ricchezza mediante lavoro. Per quanto concerne il rapporto con Dio è possibile distinguere due posizioni: da un lato Locke mantiene vivo l'argomento biblico secondo il quale Dio è "proprietario" degli uomini, in quanto ente creatore, dall'altro, tuttavia, egli non è più proprietario delle persone, ossia di quegli *entia moralia* che partecipano alla vita sociale⁶³. In altre parole, mediante tale operazione, egli fonde le due istanze contrastanti che emergevano da una visione radicalmente meccanicistica del vivere sociale, come quella di Hobbes, e, al tempo stesso, da una realtà umana immersa totalmente in una dimensione etica, come quella di Pufendorf. In primo luogo, infatti, se lo stato naturale viene comunque ipotizzato e distinto dallo stato sociale, esso tuttavia non rappresenta uno spazio pre-politico, ma un continuo

⁶¹ Lo scarto fondamentale tra la concezione dell'autoconservazione tra i due filosofi inglesi sta tutta in questa considerazione «Come ciascuno è tenuto a conservare se stesso e a non abbandonare volontariamente il suo posto, così, per la medesima ragione, quando non sia in gioco la sua stessa conservazione, deve, per quanto può, conservare gli altri...» [J. LOCKE, *II Treatise*, trad .it, cit., p. 249]

⁶² Un primo campo di indagine che la riflessione di Bixio individua è quello determinato dal rapporto tra proprietà e calcolo razionale. Secondo l'autore il passaggio dalla teoria del valore a quella dell'azione fa perdere alla proprietà quella giustificazione morale che lockianamente la sorreggeva. In Locke il lavoro era emanazione dell'individuo, incorporato in esso: in altre parole sia sul piano ontologico che sul piano etico; ma dopo la lettura di Marx si può affermare che l'incorporazione può avvenire soltanto con il comunismo. Tale lettura tuttavia è conseguenza a mio parere di una lettura della filosofia lockiana che considera l'individuo come singolarità a cui Bixio contrappone la socialità totale del sistema marxista. Ma in Locke questa dimensione è soltanto presupposta, tradizionalmente consolidata, ma non è stata mai adeguatamente precisata. Cfr. A. BIXIO, *Proprietà e appropriazione*, cit., p. 10 e ss.

⁶³ Sul tema cfr. J. K. YOLTON, *John Locke*, trad. it, Bologna 1990, p. 88 e ss.

processo *in fieri*⁶⁴. In secondo luogo, lo stato sociale costituisce il presupposto per la crescita morale dell'uomo, un "dato" di partenza verso il quale ogni individuo deve necessariamente confrontarsi⁶⁵. Una volta, dunque, mantenuto l'aspetto teologico come *incipit* del discorso possessorio e descritto l'ambito sociale come l'unico e necessario luogo possibile per lo sviluppo della vita umana, il piano etico viene immediatamente realizzato attraverso la giustificazione dell'appropriazione individuale per mezzo del lavoro. Quest'ultimo rappresenta la capacità dell'uomo di trasformare la natura, di ricavare dei prodotti o di creare nuovi oggetti mediante l'impiego del proprio tempo e attraverso l'applicazione degli strumenti tecnici in suo possesso⁶⁶. La proprietà privata, quindi, pur potendo ancora essere identificata grozianamente come lo *status* della "caduta", appartiene alla naturale propensione dell'uomo e nel pieno rispetto della sua indole e dei suoi valori, in quanto espressione di un atto creativo di secondo grado che legittima pienamente il suo desiderio di impadronirsi del risultato e del frutto del proprio agire. Il terzo punto dell'analisi lockiana prende in considerazione il passaggio dal valore d'uso al valore di scambio che i beni assumono e, di conseguenza, l' "invenzione" della moneta come mezzo di accumulazione della ricchezza. Tale sviluppo, secondo il filosofo inglese, nasce dalla presa di coscienza della deperibilità dei beni e dal desiderio di poter usufruire di diverse forme di ricchezza contemporaneamente⁶⁷. La moneta, dunque, è, al tempo stesso, ricchezza *sui modi* ma anche

⁶⁴ Lo stato di natura, in tal senso può essere definito come una condizione, mentre lo stato sociale come una organizzazione (Cfr. J. K. YOLTON, *John Locke*, cit., p.73 e ss.)

⁶⁵ Lo Stato e quindi la sua legislazione non sono altro che uno sviluppo precipuo di una realtà sociale che già possiede regole e dinamiche interne largamente consolidate e riconosciute dai singoli individui. Nel *II Treatise* infatti scrive «La libertà degli uomini sotto un governo consiste nell'avere una norma fissa secondo cui vivere, comune a ciascun membro di questa società, e fatta dal potere legislativo in essa istituito» (J. LOCKE, *II Treatise*, trad. it, cit., p. 255)

⁶⁶ «Il lavoro del suo corpo e l'opera delle sue mani possiamo dire che sono propriamente suoi. A tutte quelle cose dunque che egli trae dallo stato in cui la natura le ha prodotte e lasciate, egli ha congiunto il proprio lavoro, e cioè unito qualcosa che gli è proprio, e con ciò le rende proprietà sua» (Ivi, p. 256-57). Con queste considerazioni Locke si inserisce a pieno titolo in quella tradizione umanistico-rinascimentale che, attraverso l'esaltazione della scienza sperimentale, postula il dominio dell'uomo sulla natura. Egli, infatti, non fa altro che trasferire la visione baconiana nel campo della dottrina politica. Sul tema cfr. L. BACCELLI, *Lavoro*, cit., p. 152-53.

⁶⁷ In altre parole lo scambio, che in un primo tempo si realizza con il baratto tra due o più beni, avrebbe origine dalla doppia esigenza di "mantenere in vita" i beni essendo frutto del proprio lavoro e di godere di sostanze diverse. Sul tema cfr. J. LOCKE, *Ragionamenti sopra la moneta, l'interesse del denaro, le finanze e il commercio*, a cura di G.F. Pagnini e A. Tavanti, Firenze 1751, 2 voll.

strumento di misurazione della ricchezza stessa e fonte durevole di ricchezza; inoltre essa costituisce un forte legame logico tra una proprietà passata – che le moneta consente di conservare – e un’appropriazione futura di altri beni⁶⁸.

In ultima istanza viene paventato il riconoscimento della necessità di un contratto sociale e dell’intervento dello Stato che garantisca un sistema di relazioni ad esso precedente e preminente⁶⁹. Il discorso lockiano, quindi, non si riduce ad un dualismo stato di natura – stato di diritto o ad una semplice affermazione di diritti naturali preordinati al potere statale, ma costituisce una complessa ricostruzione filosofica che non tralascia nessun elemento e nessun orizzonte teorico. Se nel pensiero medievale il primato della *lex divina* costituiva l’anello di congiunzione, il momento unificante della concezione del diritto in una visione piramidale di cui essa rappresentava il vertice, nel sistema di Locke, pur rimanendo il teologico pre-ordinato all’etico e all’economico, è il momento giuridico-politico che diventa il centro, il raccordo tra le varie istanze, il campo nel quale verificare e misurare le effettive prerogative dei singoli. La piramide si rovescia, come una clessidra, e, pur mantenendo l’ordine gerarchico che va dal divino all’umano, l’attenzione del filosofo è concentrata sull’aspetto positivo e mondano della legislazione, in un sistema che pare un platonismo capovolto, nel quale l’ascesi verso l’idea è sostituito da un *climax* discendente verso il mondo sensibile e le sue dinamiche. Attraverso questo complesso impianto teorico Locke può, da un lato, superare il tema della nascita contemporanea dello Stato e della proprietà – di cui Filmer era massimo assertore – dall’altro porre l’appropriazione privata in un contesto morale e preordinato a quello statale, partendo dal particolarismo individuale ed arrivando all’universalismo generale senza che quest’ultimo costituisca una forma di neutralizzazione delle istanze egoistiche proprietarie. Inoltre, si parte dalla *verità* (delle

⁶⁸ G. C. CAFFENTZIS, *Parole abusate, monete tosate e governo civile*, cit., p. 68 e ss.

⁶⁹ Gli obblighi dello Stato nei confronti dei sudditi è un tema condiviso da autori che appartengono ad altre aree del pensiero giuridico-politico. Il concetto di bene comune come fine unico e supremo dell’autorità statale è presente anche nella scuola tedesca, da Pufendorf a Thomasius. Tuttavia il più interessante concetto elaborato dalla dottrina continentale è quello di *Wohlfart*, così come descritto nelle *Institutiones juris naturae et gentium* e nel *Jus naturae metodo scientifica pertractatum* da Christian Wolff. In tale versione infatti, il perseguimento del bene collettivo autorizza il sovrano ad invadere e limitare la libertà individuale. Il principio di uguaglianza prevale su quello di libertà e diventa il cardine dell’intera dottrina dello Stato wolffiana. Sul tema cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna* cit., p. 149-50.

Sacre Scritture) per arrivare alla *certezza* (il fine autentico delle leggi e dello Stato) La dottrina della proprietà diventa il paradigma intorno al quale ruota il sistema lockiano e lo strumento di unificazione concettuale di un'intera epoca del pensiero filosofico. L'uomo si "appropria" di ogni realtà e può modificare e creare la natura a se circostante senza dover per questo porsi in contrasto con una visione religiosa dell'esistenza, senza per questo porsi in contrasto con la dimensione del divino. Alla contrapposizione tra un diritto sottoposto a una legge eterna e trascendente e un diritto senza Dio ed immanente, Locke trova la soluzione per consentire una coesistenza del divino e dell'umano. Egli coglie la necessità che, se nello stato di natura sono permesse tutte le azioni non vietate da Dio e nello stato civile tutte quelle non vietate dalle leggi, non vi sia invasione di campo della legge positiva e del potere sovrano nell'ambito delle prime. Pur trovando la giustificazione etica del possesso ancora luogo in uno spazio giuridico pre-positivo, la proprietà, tuttavia, appare sospesa tra l'istanza giusnaturalistica che lo fonda e la legge statuale che, pur essendo vincolata ad essa, tende inevitabilmente a regolarla. La dottrina di Locke, letta in profondità, presenta gli elementi più problematici non tanto nell'elaborazione della teoria possessoria o nella affermazione dell'etica del lavoro, quanto nella coesistenza tra un diritto naturale stratificato e il primato monopolistico nelle mani dello Stato del potere legislativo. La nascita di quello che successivamente sarà definito il *rule of law* ha costituito, come vedremo più avanti, il punto cruciale della questione della proprietà all'interno degli ordinamenti giuridici di ispirazione anglosassone.

L'etica del lavoro di ispirazione liberale trova nel corso dei secoli una ferma opposizione, soprattutto in seguito alla nascita di un ceto borghese che si pone come nuova classe dirigente e con il verificarsi della rivoluzione industriale che modifica non solo le modalità di produzione dei beni ma l'insieme dei rapporti sociali inerenti alla attività lavorativa. Come già accennato in precedenza la catena a) sviluppo tecnologico b) ascesa della borghesia c) affermazione dello Stato come unico soggetto legittimato a legiferare d) la concezione della proprietà sciolta da qualsiasi vincolo e) la critica della proprietà privata, rappresenta lo schema fisso attraverso il quale è possibile leggere le dinamiche che producono le più rilevanti trasformazioni nelle teorie filosofiche, nella dottrina politica e nell'esercizio della sovranità in ogni area geografica, se anche in differita di qualche decennio l'una con l'altra, dell'intera Europa. Ciò che, tuttavia, sorprende è il fatto che l'etica del lavoro regga sia il

sistema di pensiero capitalistico, e dunque le argomentazioni a difesa della proprietà privata, sia i vari filoni del pensiero che pongono con forza la questione sociale e avanzano critiche radicali alla visione liberal-borghese del possesso⁷⁰. Tuttavia, per incrinare la solidità della teoria lockiana risulta necessario sviluppare alcuni elementi già presenti nella medesima costruzione teorica: l'intervento dello Stato attraverso lo strumento della legge e il primato della moneta come categoria universale di valutazione della ricchezza. La prima decisiva spallata a tale concezione morale arriva, senza dubbio, dall'analisi di Max Weber. Il punto chiave della sua lettura non è rappresentato tanto dalla connessione presunta tra la consacrazione del lavoro come “*vocatio*” e lo spirito del capitalismo – teoria soggetta, come visto, a numerose e non sempre infondate critiche⁷¹ – quanto l'individuazione di quel processo di razionalizzazione che attraversa diametralmente tutti i campi del vivere sociale, non esclusa l'etica stessa. Il passaggio da un'ascesi ultramondana ad una intramondana modifica l'esigenza morale trascendente-religiosa in una visione immanente-razionale. L'impossibilità per l'uomo di poter far riferimento, nell'ambito dei rapporti intersoggettivi, ad un qualsiasi sistema di valori già dato lo getta, ineluttabilmente, nelle “gabbie d'acciaio” di quel razionalismo normativo che domina gli Stati moderni. Analizzando dal “basso” gli effetti di tale fenomeno, ci accorgiamo, secondo Weber, che l'individuo può ricostruire una dimensione etica solo riflettendola su di sé. Le alternative che si presentano davanti ai suoi occhi sono due: un'etica dell'intenzione, la cui base verrebbe costituita sui principi che ciascun singolo si pone secondo la propria ed esclusiva convinzione; un'etica della responsabilità, il cui fondamento consisterebbe nella riflessione sulle conseguenze del suo agire: le scelte individuali sarebbero, in tal caso, condizionate da questa delicatissima valutazione. Se, invece, osserviamo dall' “alto” il sistema economico-sociale, assistiamo, a un tempo, alla concentrazione capitalistica che necessita di una organizzazione dell'attività produttiva non più semplicemente retta dalla dialettica elementare imprenditore

⁷⁰ Se consideriamo il ruolo del lavoro nella visione marxiana, la giustificazione etica del possesso, in chiave ovviamente differente rispetto alla lettura lockiana, viene sì affermata ma poi successivamente superata da una idea del lavoro come strumento per l'autocostituzione dell'uomo stesso; siamo di fronte, in altre parole ad una vera e propria forma di autocomprensione del soggetto. (cfr. K. MARX, *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, trad. it. di N. Bobbio, Torino 1980, p. 298; J. HABERMAS, *Conoscenza e interesse*, trad. it, Roma-Bari 1973, p. 187 e ss.)

⁷¹ Su tutte ci permettiamo di citare G. GROETHUYSEN, *Origini dello spirito borghese in Francia*, trad. it, Firenze 1954.

proprietario – lavoratore salariato, ed una burocratizzazione capillare dell'apparato statale che si spersonalizza perdendo quell'aura "metafisica" che ha caratterizzato la sua formazione e il suo primo sviluppo⁷². In merito al primo di questi due processi nasce un'importante ricerca nell'ambito del pensiero economico di ispirazione liberale sulle trasformazioni del capitalismo che avrà non poche implicazioni sul concetto e soprattutto sul ruolo e sul valore che la proprietà possiede in un contesto così sensibilmente mutato. Infatti, la riflessione weberiana sulla razionalizzazione del sistema sociale e la contemporanea meditazione sull'evoluzione del capitalismo contemporaneo in merito al controllo della ricchezza⁷³ e alla dissociazione tra proprietari e amministratori nell'impresa aprono le porte alla trattazione di una questione fondamentale dal duplice volto: la proprietà come strumento di razionalizzazione di un sistema sociale che, da un lato, non può essere più concepito come *Gemeinschaft*, bensì come *Gesellschaft* che necessita, però, di un solido apparato statale e centralizzato per perseguire i suoi obiettivi e svolgere la sua funzione aggregante; dall'altro, non è più intessuta da una serie di duraturi rapporti interpersonali, ma da un illimitato ed estemporaneo numero di scambi. All'ipostasi della *communitas* si sostituisce quello della *societas*, alla dualità di una realtà sociale nella quale prevalgono i soggetti, viene opposto un pluralismo tipico di un modello nel quale, attraverso lo strumento dello scambio, assistiamo ad una preminenza degli oggetti sull'intero universo dei rapporti sociali. Ed è proprio all'interno di questa trasformazione che sarà possibile sviluppare il

⁷² Un autore che ha dedicato gran parte della sua ricerca alla demolizione dei concetti metafisici che costituivano i cardini del pensiero giuridico e delle dottrine politiche moderne è stato senza dubbio Léon Duguit. Sul tema cfr. *Léon Duguit Le trasformazioni dello Stato*, Antologia di scritti a cura di Augusto Barbera, Carla Faralli e Massimiliano Panarari, Torino 2003.

⁷³ Il tema della dissociazione tra proprietà e controllo della ricchezza ha caratterizzato un importante dibattito, a cavallo degli anni venti del secolo scorso, soprattutto nel mondo anglosassone. Alla definizione del problema da parte di Veblen (VEBLEN, *Absentee Ownership and Business Enterprise*, in *Recent Times, The case of America*, New York, 1923) seguono le considerazioni di Keynes, che sancisce la fine del *laissez faire* a vantaggio di una auto-socializzazione dell'impresa privata grazie alla "scissione" tra azionisti e amministratori all'interno delle grandi società commerciali (J. KEYNES, *The End of Laissez-faire*, in *Essays in Persuasion*, New York, 1932, p. 312 e ss.), e il celebre saggio di Berle e Means che scoprono il ruolo delle nuove *corporations* e il predominio dei *managers* nella gestione delle attività d'impresa. (BERLE-MEANS, *Società per azioni e proprietà privata*, trad. it, Torino 1966; sul tema cfr. anche J. BURNHAM, *The managerial Revolution. What is happening in the world*, New York 1941, trad. it. *La rivoluzione manageriale*, Torino 1992). Sull'intero dibattito cfr. F. GALGANO, *Proprietà e controllo della ricchezza: storia di un problema*, in *Itinerari moderni della proprietà*, Milano 1974, pp. 682-701.

secondo argomento che incrina in maniera decisiva lo schema di pensiero lockiano: il ruolo della moneta e il concetto di denaro.

2. *Communitas e Societas*: due concezioni del vivere sociale. La nascita dello Stato moderno

Comunità e società, *Gemeinschaft* e *Gesellschaft*, la cui dialettica viene così definita nel celebre saggio di Ferdinand Tönnies⁷⁴, rappresentano i due poli di un orizzonte teorico al cui interno è possibile cogliere gli aspetti salienti di una struttura sociale osservati da una prospettiva aerea non troppo distante, tanto da poterci consentire di individuare in entrambi i sistemi un elemento aporetico che rende insufficienti le relative architetture e dimostra la necessità dell'esistenza di uno Stato, inteso questo come il luogo politico nel quale si esercita una sovranità centralizzata e assoluta, affinché la proprietà privata possa diventare l'istituto centrale di un ordinamento giuridico. La riflessione sul rapporto tra diritto e società caratterizza in maniera determinante la nascita di una disciplina e, al tempo stesso, di una nuova prospettiva di indagine: la sociologia. Il fenomeno sociale, all'interno di questo nuovo contenitore scientifico, viene osservato per la prima volta in antitesi e in una posizione predominante rispetto al problema giuridico-politico e, inoltre, le prime costruzioni teoriche che i "fondatori" della materia ci offrono risentono fortemente di questo preciso e radicale orientamento⁷⁵. In secondo luogo emerge, poi, una certa insofferenza proprio verso la figura dello Stato, concepito come un'istituzione dogmaticamente rigida e intimamente trascendente. Se in Saint-Simon, infatti, le strutture statali vengono travolte, profeticamente, dall'avvento della società industriale⁷⁶, nell'opera di Comte l'età positiva spazza via "gli uomini di legge", padroni dell'età metafisica, e con essi l'idea stessa di diritto⁷⁷. Tuttavia, già i primi sviluppi dell'analisi sociologica porta ad un drastico cambio e ad una coloritura del linguaggio e dei contenuti sensibilmente diversa. In Durkheim, soprattutto, la riflessione si fa più raffinata. Ne *La division du travail social*, infatti, così come in Tönnies, viene presa in considerazione una distinzione tra due modelli di solidarietà: una prima definita meccanica, che presuppone una confusione tra l'individuo e la collettività; una seconda, definita organica, che postula, al contrario, una differenza tra i singoli derivata

⁷⁴ F. TÖNNIES, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, trad. it. *Comunità e Società*, Milano 1963.

⁷⁵ R. TREVES, *Sociologia del diritto*, cit., p. 30

⁷⁶ SAINT-SIMON, *Du système industriel*, in *Oeuvres*, tomo III, vol V, trad. it., p. 39 e ss.

⁷⁷ A. COMTE, *Cours de Philosophie positive*, Paris 1864, vol. I, pp. 1-22.

dal diverso compito che ogni uomo svolge nella società⁷⁸. Con l'impostazione durkheimiana, in definitiva, il punto di osservazione si sposta dal dualismo Stato-Società all'affermazione di una identità tra diritto e vita sociale, sia nell'ambito stesso della scuola francese sia, come già accennato con *Gemeinschaft und Gesellschaft*, nell'area di pensiero germanica.

Questa breve escursione tra le ragioni originarie della sociologia giuridica costituisce un'utile introduzione al tema dell'organizzazione della vita collettiva nonché una preziosissima fonte di nozioni e termini che risultano fondamentali per districarsi all'interno di questa così complessa analisi teorica. La riflessione più intensa e maggiormente problematica sulla questione in esame corrisponde temporalmente, alla nascita degli Stati moderni e attiene soprattutto allo spinoso problema della fondazione di un soggetto politico tanto complesso quanto assorbente il cui ruolo e la cui estensione obbligano gli studiosi ad un continuo e difficile confronto con esso. Ciò che è importante precisare è il fatto che il dibattito filosofico in epoca moderna sulla vita associata e sulla teoria sullo Stato assume dei connotati ben precisi che spingono i filosofi su un terreno sostanzialmente politico-giuridico. Il mutamento di prospettiva che concerne il modo di concepire il vivere sociale, pertanto, rappresenta un punto decisivo per comprendere la trasformazione che la teoria del possesso subisce e le relative conseguenze che essa comporta. Prima di intraprendere tale percorso, va, preliminarmente, chiarito il seguente aspetto: l'analisi che ci accingiamo a compiere tiene conto delle principali elaborazioni teoriche sul tema e non ha affatto come oggetto la descrizione della realtà storica nel cui ambito esse sono fiorite. Pertanto, la ricostruzione svolta costituisce il confronto tra due concezioni sostanzialmente opposte tra loro. Pur non volendo esasperare una contrapposizione tra un modello che definiamo comunitario, fondato sulla naturale socialità dell'uomo, ed un prototipo di società che presuppone l'inevitabile conflitto tra i singoli individui, la messa in evidenza dei punti di contrasto maggiormente rilevanti funge da irrinunciabile strumento di studio per cogliere, come in un quadro a tinte forti, i caratteri di una proprietà la cui concezione non può rimanere asettica e avulsa da un contesto filosofico più generale e da circostanze che riguardano l'esistenza umana così strettamente collegate al suo sviluppo e alla sua stessa nozione.

⁷⁸ E. DURKHEIM, *La division du travail social*, trad. it. *La divisione del lavoro sociale*, Milano 1962, pp. 143 e ss.

Il ricorso allo stato di natura costituisce il *leit motiv* delle ricerche filosofiche all'indomani della definitiva affermazione del metodo sperimentale⁷⁹. Esso diviene, ben presto, il *topos* all'interno del quale prendono corpo tutte le principali teorie giuridiche e politiche del XVII secolo. Quella dell'indagine nel "libro della natura", inoltre, rappresenta la costante tendenza delle analisi di tutti quegli autori che sono universalmente riconosciuti proprio come i precursori della moderna sociologia giuridica⁸⁰. L'applicazione della metodologia scientifica stessa nella ricerca ostinata di una "fisica sociale del diritto"⁸¹, vede nell'opera di Hobbes e Spinoza la sua massima espressione. La natura, in altre parole, diventa, contemporaneamente, oggetto e metodo dell'indagine filosofica. All'interno di questo processo di scorporazione e progressiva frammentazione, in una così penetrante anabasi all'interno della vita associata, l'individuo diventa atomo, l'indivisibile, il centro ultimo e principale del sistema sociale. L'antropocentrismo moderno, tuttavia, non si configura come un sofisticato relativismo, ma come affermazione di un razionalismo assoluto.

Come corollario di una siffatta impostazione metodologica, si sancisce l'identificazione della società con lo Stato⁸². Essa segue l'esigenza di concepire il vivere comune come un tutto, un'unica struttura logica, e gli individui come le sue parti irriducibili, gli elementi primi che le compongono. L'egoismo e l'autoconservazione diventano le due ipostasi attorno alle quali ruota la polarizzazione individuo – società.

⁷⁹ Lo stretto legame tra le scienze naturali e la scienza del diritto per quel che attiene alle scelte metodologiche viene criticamente sottolineato con grande vigore da Leibniz. In particolar modo egli paventa un eccessivo e limitante richiamo ad una visione "euclidea" e, dunque, pericolosamente subordinata ad una concezione esclusivamente matematico-geometrica del diritto. La circostanza secondo cui un numero rilevante di testi – che oggi vengono considerati, a giusta ragione, dei classici e dei monumenti del pensiero filosofico-giuridico – presentano nella loro titolazione il termine "Elementia" (basti ricordare gli *Elementia de cive et corpore* di Hobbes, gli *Elementia jurisprudentiae* di Pufendorf oppure, infine, gli *Elementia juris* di Felden) costituisce la prova lampante del dilagare di questo solido e costante orientamento verso il quale i più importanti teorici del tempo erano indirizzati; cfr. R. PALAIA, *Unità metodologica*, cit., p. 150.

⁸⁰ Sulla nascita e lo sviluppo della sociologia del diritto cfr. G. GURVITCH, *Sociologia del diritto*, trad. it., Milano 1957; R. TREVES, *Sociologia del diritto. Origine, ricerche, problemi*, ed. Torino 1996.

⁸¹ G. GURVITCH, *Sociologia del diritto*, cit., p. 90

⁸² G.M. CHIODI, *Profili antropologici introduttivi allo studio della socialitas nel Seicento tedesco*, in "Il diritto naturale della socialità. Tradizioni antiche di antropologia moderna nel XVII secolo", a cura di Vanda Fiorillo e Friedrich Vollhardt, Torino 2004, p. 8 e ss.

In altre parole, prende corpo una concezione dell'uomo nel rapporto con l'altro, di chiara matrice hobbesiana, che, postulando l'ineluttabile contrasto tra i singoli individui, segna il passaggio da un'idea di vita collettiva di tradizione secolare fondata sull'aristotelico *zoòn politikòn* e rinnovata dalla dottrina dei primi Padri della Chiesa in senso cristiano, ad un concetto di società, fondata sulla categoria ermeneutica dello "stato di natura", necessariamente antagonista e conflittuale⁸³. Come già visto in precedenza, alla visione "gerarchica" e feudale della Chiesa cattolica si va sostituendo una visione "moderna" del rapporto diretto uomo-Dio: trasportando in un ambito sociale tale concezione assistiamo alla scomparsa di "corpi intermedi" e l'affermazione del primato della centralità dello Stato sovrano, monarchico o repubblicano che sia. L'uomo in tale ottica risulta libero da vincoli sociali rigidi ed è, al contrario, sottoposto ad un unico potere, quello appunto dello Stato. L'unicità del potere sovrano che da Hobbes in poi domina la scena della filosofia politica europea per diversi secoli porta con sé conseguenze di portata ben più ampie di quelle che si possono considerare *prima facie*. L'idea di una sovranità assoluta dello Stato è inevitabilmente accompagnata da un modello di società "atomizzata" che, a sua volta, deriva da una visione conflittuale ed antagonista del vivere sociale⁸⁴. Partendo da tale presupposto gli uomini tra loro sono necessariamente in competizione l'uno con l'altro per l'appropriazione di cose, beni, posizioni, in una parola di "spazi vitali", che successivamente, nella nascente disciplina dell'economia politica, saranno considerate fin dai primi studiosi, come risorse naturalmente scarse⁸⁵.

⁸³ Il pensiero di Hobbes, in verità, non si presenta *tout court* come anti-aristotelico. Una lettura "autentica" della dottrina di Aristotele, senza le lenti del pensiero successivo che ha fatto suoi determinati concetti interpretativi, soprattutto il tomismo, e in generale la ricezione e l'elaborazione che il pensiero cristiano ha fatto della filosofia politica dello Stagirita. La visione dell'uomo naturalmente socievole non presuppone una volontaria e armonica partecipazione dell'uomo alla vita politica, ma una necessaria e conflittuale accettazione del reale. Se, seguendo la colorita affermazione di Aristotele, al di fuori dell'agone politico si trovano soltanto gli dei e gli animali, si considerava l'ineluttabile presenza dell'uomo in un tessuto di relazioni sociali ad esso predeterminato. L'individuo si presenta come una *Geworfenheit*, in un vivere sociale temporalmente e logicamente già dato; cfr. W. DALLMAYR, *Hobbes and Existentialism: Some Affinities*, in *Hobbes-Forschungen*, Berlin 1969, pp. 259-86.

⁸⁴ Sul tema cfr. C. P. MACPHERSON, *Libertà e proprietà all'origine del pensiero borghese*, cit., p. 25 e ss.

⁸⁵ Il riferimento va senza dubbio ai padri della economia politica, da Ricardo ad Adam Smith, senza dimenticare il contributo della scuola Fisiocratica alla nascita di una prima teoria scientifica su argomenti cardini come la distribuzione della ricchezza e la produzione dei beni. Cfr. G. GLIOZZI, *Le teorie della proprietà da Lutero a Babeuf*, cit.; *I Fisiocratici*, a cura di Bruno Miglio, Roma-Bari 2001.

All'unificazione nello Stato di tutte le forme del vivere associato corrisponde l'unità del diritto, sia se si considera questo come fonte normativa, sia se tiene conto dei contenuti che esso è destinato ad esprimere⁸⁶. La proprietà privata rappresenta così il diritto dell'individuo per eccellenza: in primo luogo esso risponde all'esigenza di rendere autonomo ogni singolo dall'altro, sempre nella cornice rigida del potere statale; in secondo luogo fornisce un capitale strumento per garantire su ogni *res* l'esercizio di un unico potere, per individuare, in altre parole, un unico soggetto legittimato al suo utilizzo e al suo godimento, un solo proprietario dotato di uno *ius utendi et abutendi*, per utilizzare una massima che il codice francese, del 1804, all'art. 544, mirabilmente suggerirà⁸⁷. La visione "unificante" e antagonista, basata sul binomio forza meccanica-ragione individuale⁸⁸, deve, tuttavia, fare i conti con una concezione ad essa opposta che non identifica il vivere sociale in un *unicum* necessario ed esclusivo, ma in vari gruppi che si creano autonomamente, al di sopra, all'interno e al di fuori dello Stato. Inoltre, deve confrontarsi con un concetto di umanità diametralmente opposta. All'*uomo-atomo*, considerato come singola parte di quell'unico macrocosmo che, prima, è rappresentato dalla natura e, successivamente, prende le forme dello Stato, si contrappone l'*uomo-monade*, considerato come un microcosmo finito. Se nella filosofia hobbesiana assistiamo all'insanabile contrasto tra natura e ragione – quanto meno sul piano logico se si vuole escludere un dualismo ontologico⁸⁹ – nei filosofi tedeschi a lui contemporanei constatiamo

⁸⁶ Individuare il fondamento di ogni obbligo giuridico nel comando di un'autorità costituisce un interessante punto di incontro tra la teoria hobbesiana e quella pufendorffiana. Tuttavia, nel giurista tedesco emerge già con vigore la necessità della conoscenza del comando e della "certezza" della norma, sensibilità che non è riscontrabile con la stessa forza negli scritti del filosofo anglosassone. Cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 107.

⁸⁷ Sul tenore dell'art. 544. nel Code Napoleon cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, Studi sulla proprietà privata*, Bologna 1990.

⁸⁸ G. GURVITCH, *Sociologia del diritto*, cit., p. 91-92

⁸⁹ Il rapporto tra la filosofia e la teoria politica di Hobbes è un tema estremamente dibattuto tra gli studiosi del pensatore inglese. Da un lato, infatti, si è ritenuto opportuno separare il materialismo filosofico dalla filosofia politica (cfr., L. STRAUSS, *La filosofia politica di Hobbes*, in *Che cos'è la filosofia politica?*, trad. it, Urbino 1977, p. 117-350), dall'altro di leggere con due diverse lenti il pensiero politico dai principi psicologici (A.E. TAYLOR, *Thomas Hobbes*, London 1908). Per quanto invece concerne la natura dell'obbligazione politica, se la lettura più accreditata fa discendere questa dalla morale dedotta dal comando di Dio (H. WARRENDER, *The political Philosophy of Hobbes. His Theory of Obligation*, trad. it. *Il pensiero politico di Hobbes*, Bari 1974), d'altro canto si ipotizza anche una commistione in seno ad essa di elementi materiali ed elementi razionali

l'unione tra l'elemento naturale e quello razionale sotto la spinta della volontà-dovere.⁹⁰ Se in Hobbes la ragione ridotta a puro calcolo, fa ricorso al rimedio dello Stato civile, in Pufendorf la volontà costituisce lo *Streben* che eleva l'uomo trasportandolo dal campo degli *entia fisica* a quello degli *entia moralia*. Nel primo caso la *socialitas* diventa un fatto necessario con cui l'individuo deve drammaticamente confrontarsi, nel secondo essa rappresenta il dover-essere a cui la libera volontà umana tende⁹¹. Mentre l'individualismo borghese che sorge nell'alveo del pensiero anglosassone tiene conto di ciascun individuo nel suo insanabile conflitto con l'altro, il soggettivismo di matrice germanica partorisce un soggetto apparentemente avulso da qualsiasi dinamica sociale, rivolto unicamente alla propria *Bildung*, sia nella sua versione religiosa e pietistica sia nella sua accezione illuministica.

L'idea di libertà e quella di uguaglianza rappresentano altri due cardini, altri due scogli su cui il mare in tempesta del pensiero moderno va a sbattere. Ma anche qui, a fronte di temi e concetti apparentemente simili, ci troviamo a dover analizzare due ordini semantici completamente diversi⁹².

Il concetto di libertà costituisce, dunque, un ulteriore spartiacque, uno dei caratteri che forse meglio realizza l'insanabile distinzione tra i due sistemi di pensiero. Ad una libertà fisica e meccanicistica si contrappone una visione della stessa nella quale prevale l'elemento morale e finalistico. Mentre nel primo caso l'individuo si presenta prima naturalmente libero e poi razionalmente vincolato, nella seconda concezione l'uomo diventa libero attraverso un processo formativo interiore, un'opera di vero e proprio perfezionamento etico. Se la libertà hobbesiana può essere definita

(M. OAKESHOTT, *Rationalism in Politics, and other Essays*, London 1962). Sul tema cfr. C. P. MACPHERSON, *Libertà e proprietà all'origine del pensiero borghese*, cit., p. 8 e ss.

⁹⁰ Proprio questo stretto rapporto tra volontà e dovere costituisce una sorta di antinomia nella teoresi di Samuel Pufendorf. Tuttavia è proprio tale insuperabile vincolo, introdotto da Leibniz nella filosofia tedesca, che costituisce la base della riflessione morale kantiana, di quel sistema filosofico che rappresenta la massima espressione dello sviluppo di una vera e propria "soggettualità" in campo etico. Sul concetto di "soggettualità" cfr. G.M. CHIODI, *Profili antropologici introduttivi allo studio della socialitas nel Seicento tedesco*, cit., p. 18

⁹¹ A riguardo va rammentata la distinzione che Hans Welzel individua tra l'omomorfismo dell'uomo di natura, e il polimorfismo dell'uomo di cultura. Cfr. H. WELZEL, *La dottrina giusnaturalistica di Samuel Pufendorf*, Torino 1993; G.M. CHIODI, *Profili antropologici introduttivi allo studio della socialitas nel Seicento tedesco*, cit., p. 23.

⁹² V. FIORILLO, *L'altro, "ut aequae homo": eguaglianza e "dignitas individui" nell'antropologia politica di Samuel Pufendorf*, in "Il diritto naturale della socialità", cit., p. 102 e ss.

esplosiva e va limitata tramite la *ratio*, la libertà secondo le linee del giusnaturalismo tedesco, soprattutto nella teoria di Pufendorf, appare *implosiva* e va guidata attraverso la *voluntas*⁹³. Alla luce di quanto detto, da un lato emerge la figura di soggetto materiale, padrone della natura mediante il sapere scientifico, il cui egoismo va contrastato per la sua stessa autoconservazione; dall'altro si impone l'esigenza di un soggetto morale, la cui naturale *imbecillitas* è controbilanciata dalla sua naturale propensione al mutuo soccorso⁹⁴.

Anche il problema dell'uguaglianza si manifesta come un terribile nodo da sciogliere. L'uomo, alla luce di quanto precedentemente considerato, non appare più uguale davanti a Dio, essendosi il suo rapporto con gli altri definitivamente secolarizzato.

In Hobbes l'uguaglianza "tragica" dello stato di natura costituisce il presupposto logico dell'uguaglianza formale dello stato

⁹³ Si passa dunque da una concezione "naturalistica" ad una "volontaristica" della legge. Di conseguenza grazie al ruolo fondamentale che la libertà umana occupa e la contemporanea considerazione della formazione morale dell'individuo, parallela ed autonoma dalla sfera giuridica, il diritto perde quella influenza totalizzante e non ha più il potere di intervenire in determinate faccende umane; cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 107.

⁹⁴ Nel pensiero di Pufendorf il passaggio dalla dimensione individuale a quella sociale può essere letto secondo due principali orientamenti: o si considera l'*imbecillitas* come il *trait d'union* tra l'esigenze egoistiche del singolo e il dovere di assistenza reciproca tra i consociati (cfr. V. FIORILLO, *Tra egoismo e socialità: il giusnaturalismo di Samuel Pufendorf*, Napoli 1992), oppure alla base del vivere sociale e, al tempo stesso, della dimensione giuridica privata viene posta la leibniziana *innocentia utilitas*, ossia il dovere di soccorso dell'altro quando non si fa danno a se stessi (cfr. K. LUIG, *Il concetto di "innocentia utilitas" come principio fondamentale del diritto privato naturale pufendorfiano*, in "Samuel Pufendorf. Filosofo del diritto e della politica". Atti del Convegno Internazionale. Milano, 11-12 novembre 1994, a cura di Vanda Fiorillo, Napoli 1996, pp. 211-223) Se nel primo caso siamo di fronte all'affermazione di un principio negativo del *nemini laedere* che fonda la *socialitas* in un ambito prettamente economico, nel secondo caso si ipotizza un obbligo positivo come fondamento etico e giuridico della società stessa.

Anche in Thomasius emerge complessivamente un liberalismo giuridico che parla all'uomo morale piuttosto che all'*homo oeconomicus*. Il male e il bene sono valutati relativamente al soggetto che li considera; nel vivere sociale il bene può essere considerato solo in negativo, non come vera e propria affermazione di un diritto. In tal senso *iustum decorum* e *honestum* si prestano ad una lettura bivalente. Se dal punto di vista del legislatore implicano una limitazione al suo intervento nel solo piano dello *iustum*, dal punto di vista del singolo essi corrispondono ai tre gradi di perfezionamento etico a cui l'uomo deve aspirare. In altre parole, se nell'ambito del diritto l'*honestum* e il *decorum* restano tassativamente al di fuori, nella sfera morale essi rappresentano le materie su cui vi è un'esclusiva regolamentazione etica. Mentre dunque in Leibniz troviamo una differenziazione qualitativa dell'ideale di giustizia, in un contesto del tutto oggettivo e razionale, in Thomasius la soggettività irrompe con una straordinaria evidenza e diventa l'unico terreno nel quale è possibile considerare la vita etica. Cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., pp. 107-108.

civile⁹⁵. L'uomo di natura e l'uomo di ragione necessitano dell'uguaglianza per giustificare tanto la lotta quanto il patto di soggezione⁹⁶. L'uguaglianza è circoscritta alla dimensione del *Sein*, esclusivamente fattuale e concepita sempre in potenza. In Pufendorf invece l'uguaglianza è una condizione da attuare attraverso un comportamento etico⁹⁷. Essa risiede, dunque, nel *Sollen*, e il suo compito è quello di preservare la possibilità, per ogni singolo individuo, di attendere a quel percorso individuale di crescita morale in merito alla quale tutti hanno, più che un diritto, un vero e proprio dovere⁹⁸. La differenza, infatti, costituisce l'elemento base, la vera

⁹⁵ Lo stato di natura e lo stato civile presentano nella loro descrizione e nel loro contrapporsi dialettico delle peculiarità che escludono, sul piano logico, la possibilità di costruire un'uguaglianza sostanziale con l'affermazione dello Stato. In primo luogo va rilevato il fatto che la guerra *omnium contra omnes* è ipotizzata proprio in uno stato di cose nel quale gli uomini hanno almeno in teoria lo stesso potere, la stessa capacità e la medesima attitudine allo scontro e alla sopraffazione reciproca. Ora riproporre tale schema nel diritto statuario sarebbe una ripetizione, un *dejà vu* insostenibile; gli uomini nello stato di diritto non possono che essere sottoposti al potere sovrano che, non potendo assumere le caratteristiche del *panottico* benthamiano e non potendo esprimere un potere repressivo assoluto su tutti i comportamenti non rispondenti ai propri dettami, dovrà nella pratica necessariamente fare leva su equilibri che l'uguaglianza sostanziale degli individui non può senz'altro garantire. In altre parole l'immagine che Hobbes ha dell'effettiva società civile non può assolutamente contemplare l'idea di un pari diritto proprietario tra gli uomini, ma, anzi, in analogia al potere sovrano, come derivazione ed emanazione di esso, tenderà a concepire la proprietà come dominio assoluto di un soggetto predeterminato dalla legge su un determinato numero di beni. Sul tema cfr. N. BOBBIO, *Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Thomas Hobbes*, in *Studi in memoria di Gioele Solari*, Torino 1954.

⁹⁶ Il problema dell'uguaglianza come condizione preliminare per la costituzione di una società organizzata permane anche in esponenti del pensiero liberale contemporanei. Su tutti vale, ad esempio, l'opera di John Rawls. Nella teoria dello studioso americano l'uguale stato di ignoranza dei futuri consociati rappresenta elemento essenziale affinché i principi basilari del vivere sociale vengano scelti senza che tale decisione venga influenzata da interessi particolare e in maniera tale che essi presentino davvero quei requisiti formali e sostanziali dell'ipotesicità e dell'universalità delle norme giuridiche. Cfr. J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, trad. it. Milano 1984; L. BACCELLI, *John Rawls fra giustizia e comunità*, in *Filosofi del diritto contemporanei*, a cura di Carla Faralli, Milano 1999, pp. 63-100.

⁹⁷ Sempre secondo Klaus Luig i doveri verso il prossimo costituiscono, nella tripartizione pufendorfiana il vertice dell'etica individuale, gli obblighi gerarchicamente superiori a cui tutti gli individui sono vincolati (cfr. K. LUIG, *Il concetto di "innoxia utilitas" come principio fondamentale del diritto privato naturale pufendorfiano*, cit., p. 212 e ss.).

⁹⁸ Anche nella tripartizione leibniziana è possibile individuare questo motivo. Il tassello determinante risiede nel terzo grado in cui è diviso lo *ius naturale*, ossia in quella tanto discussa *voluntas superior*. Senza considerare se essa rimandi ad una dimensione divina o rimanga nell'alveo della condizione umana, in ultima analisi può essere considerata come l'obbligo di ciascun individuo di scegliere la via della virtù. La perfezione morale, tuttavia, può essere raggiunta solo con la conoscenza, e quindi, ancora una volta perfezione

sostanza del sistema sociale che il giusnaturalismo contemporaneo teorizza. Anche il contrattualismo, che in linea di principio accomuna le teorie politiche dell'era moderna, assume significati diversi ed apre prospettive diametralmente opposte. L'identità tra Stato e società, in talune circostanze, viene fortemente rifiutata⁹⁹. In Grozio l'*appetitus societatis* è la forza motrice che coagula la vita umana in forme sociali diverse, tra le quali lo Stato non è altro che una *species*¹⁰⁰; in Leibniz, invece, ogni gruppo diviene titolare di un diritto autonomo all'integrazione in un tutto che, almeno sul piano teorico, non è rappresentato necessariamente dallo Stato¹⁰¹. All'anglosassone uguaglianza di fronte al sovrano, si contrappone una libertà alla disuguaglianza di matrice continentale.

In un contesto così delineato, la *lex naturalis*, a seconda del suo connotato ontologico, porta ad una valutazione della proprietà profondamente differenziata. Laddove il diritto naturale costituisce uno strumento di contenimento degli "istinti brutali" dell'uomo, essa appare come una opportunità razionale, l'espressione di un calcolo di buon senso, una soluzione appena compatibile con l'esigenza primaria di mantenere la pace sociale tra gli individui; nei sistemi filosofici che, al contrario, concepiscono lo *ius naturale* come un coacervo di norme sostanziali, la proprietà privata deve essere necessariamente sorretta da un fondamento etico. Tuttavia, se si osservano con attenzione le teorie giusnaturaliste continentali, appare subito agli occhi che la proprietà è un diritto derivato, o in via diretta o

e armonia trovano nella ragione la loro sede naturale. Cfr. R. PALAIA, *Unità metodologica*, cit., p. 156.

⁹⁹ In Pufendorf, pur emergendo una ideologia utilitaristica dello Stato (soprattutto se si considera il sistema penale), tale concezione è del tutto avulsa dalla società che il giurista tedesco descrive, nella quale la "singolarità" è sempre in primo piano, mentre in Hobbes ci sono solo "individualità" del tutto disancorate da qualsiasi corpo sociale; cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 111.

Lo Stato, secondo Pufendorf, non fa altro che rafforzare una *socialitas* già esistente – come pure in Locke seppur in un contesto filosofico-politico differentemente realizzato (cfr. *supra* I.2). La "cooperazione", in definitiva, prevale sulla "protezione" (cfr. K. LUIG, *Il concetto di "innocua utilitas" come principio fondamentale del diritto privato naturale pufendoriano*, cit., p. 221).

¹⁰⁰ L'assenza di una qualsiasi gerarchia tra i gruppi sociali, secondo l'interpretazione che Gurvitch dà del sistema groziano, apre scenari suggestivi ma, tuttavia, poco rispondenti alla reale portata, seppur rivoluzionaria, dell'opera del giurista olandese. L'ipotesi di un'autonomia e di una libertà tanto accentuata dei gruppi anticiperebbe di tre secoli i punti chiave dell'analisi luhmaniana sui sistemi. Cfr. G. GURVITCH, *Sociologia del diritto*, cit.

¹⁰¹ Leibniz considera *ius strictum*, *ius aequum* e *ius pietatis* come gradi di avvicinamento alla giustizia, il secondo dei quali rappresenta il passaggio dallo stato di natura allo stato sociale; cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 142.

mediante contratto, dalla *lex naturalis*¹⁰². In particolare la *divisio*, sia se la considera come il naturale regime giuridico dopo la caduta, secondo una vecchia concezione veterocristiana che ancora Grozio fa pienamente sua¹⁰³, sia se la si legge, nell'ambito del pensiero pufendorfiano¹⁰⁴, come uno *ius imperfectum*, appare nettamente

¹⁰² Ancor più radicale appare la lettura leibniziana secondo la quale sia il diritto naturale che il diritto positivo, appartenendo al campo delle verità di fatto, sono realtà contingenti. Anche qui abbiamo un'anticipazione dello sviluppo kantiano del rapporto morale-diritto, dove il secondo termine, attraverso forme via via individuabili, non è altro che traduzione delle istanze etiche, assolute e universali. Cfr. G. TONELLI, *Da Leibniz a Kant: saggi sul pensiero del Settecento*, Napoli 1987.

¹⁰³ Se nei *Prolegomena* la connessione tra l'*appetitus societatis* e il dovere di astenersi dal bene altrui non è adeguatamente approfondita ma è piuttosto posta in secondo piano, nel *De iure belli ac pacis* sulla comunione primitiva dei beni Grozio fornisce delle acute osservazioni che rappresentano il frutto di quella metodologia storica che, affiancata ad una di impostazione razionalistica, costituisce il fondamento di un'analisi composita che costituisce la caratteristica peculiare del suo impianto teorico, denso di elementi nuovi ma, al tempo stesso, manifestamente limitato. La contrapposizione tra semplicità della vita, che è alla base della comunione dei beni, e la complessità della società, sia sul piano dei rapporti umani sia sul piano di quelli economici *tout court*, comincia indirettamente ad emergere. Come secondo punto appare interessante la contemporanea nascita della proprietà sui beni e la proprietà per così dire "intellettuale", simboleggiata dal talento che è causa di rivalità alla cui base vi è il sentimento di ambizione. Vizio, ambizione, rivalità sono gli aspetti che connotano il mondo umano dopo la caduta, l'atmosfera ambivalente del regno dominato dalla scoperta dell'albero della conoscenza, sospeso tra il bene ed il male.

Tuttavia, è nel *Mare liberum* (cfr. U. GROZIO, *Mare liberum*, V, pp. 24-26) che troviamo i più rilevanti spunti che il pensiero di Grozio ci offre sul tema proprietario e su quello dei diritti in generale. Partendo, infatti, dall'assunto secondo il quale la proprietà, in principio, e l'uso del bene rappresentavano una naturale e indissolubile unione, il giurista di Delft afferma che attraverso un procedimento razionale la proprietà viene estesa a quei beni il cui uso non si identifica automaticamente con essa, fino ad estendersi ai beni immobili. In altre parole, attraverso un fine procedimento logico la proprietà viene regolata dalla legge come imitazione della natura. Nasce, in definitiva, l'idea della *fictio iuris* nell'istituzione giuridica della proprietà: il consenso si colora di significati ben più rilevanti sul piano giuridico che su quello filosofico. Si afferma una forma di positivismo inconsapevole e rudimentale. Questi germogli improvvisi, questi vagiti confusi si ripresentano anche in alcuni tratti dell'opera principale di Grozio, ma in ambiti diversi e circostanziati. In primo luogo nella definizione di stato di necessità, nella quale il diritto primitivo tornerebbe in vigore e la proprietà verrebbe sospesa; in secondo luogo riguardo alla trasmissione della proprietà, si afferma che essa è un fatto esterno e come tale assume una sua dimensione pubblica.

¹⁰⁴ La lettura del *De iure naturae et gentium* apre la strada a concezioni giuridiche ancora inesplorate o forse ancora inconsapevoli. In prima istanza, mediante la negazione della derivazione della proprietà dalla volontà di Dio, il convenzionalismo prende forma in maniera più che consistente; quasi irreversibilmente l'uomo diventa causa prima delle dinamiche proprietarie, sia relativamente all'*an* sia relativamente al *quid*. Ma l'aspetto più interessante è in verità l'introduzione di una idea della proprietà come funzione sociale, individuando nella *divisio*, o nella mancata attuazione, di essa il principio di utilità. Secondo una lettura ancora più "ardita" la proprietà sarebbe costantemente limitata dall'interesse comune (cfr. K. LUIG, *Il concetto di "innocua utilitas" come principio fondamentale del diritto privato naturale pufendorfiano*, cit., p.222): in merito a tale tesi nel *De iure* troviamo

subordinata a principi primi che la legittimano solo in via surrettizia. In altre parole, la proprietà, sia nella *societas* hobbesiana, sia nella “germanica” *communitas hominum*, appare ancora debole: nel primo caso da un punto di vista eminentemente filosofico, nel secondo da un punto di vista meramente giuridico.

In Hobbes la mancanza di qualsiasi fondamento etico di qualsiasi diritto, che non sia riconducibile direttamente alla tutela del singolo o all’illimitato esercizio del potere sovrano, non consente alla proprietà di trovare un fondamento giuridico certo e inderogabile, tale da consentirgli di divenire l’elemento base della libertà borghese¹⁰⁵. Nel giusnaturalismo continentale, invece, il possesso individuale, seppur in sistemi teorici differenti, acquista un contenuto morale che, però, a fronte di un soggettivismo etico così accentuato, non riesce a manifestarsi all’esterno, nel campo della vita sociale, con la forza propulsiva che porta in suo seno¹⁰⁶. Il contratto, e non la proprietà, infatti, appare come l’anello di congiunzione ideale attorno al quale l’etica e il diritto realizzano il loro inestricabile connubio, il manifestarsi concreto di quell’obbligo di aiuto reciproco a cui ogni

numerosi riferimenti (2.4.10.; 2,6,5.; 4.6.3.). Ciò che un autore come Grozio aveva appena intravisto con la distinzione tra società semplice e società complessa, in Pufendorf emerge con una sobria ma efficace chiarezza. Va tuttavia sottolineato il fatto che anche nell’opera del giurista tedesco si manifesta una questione di tipo economica (la scarsità dei beni già presente in Grozio che poi diventerà il postulato delle prime teorie economiche) e una di tipo morale (legata al lavoro dell’uomo di chiara ispirazione biblica, che sarà poi oggetto della celebre argomentazione lockiana). Il richiamo ad una lettura etica di stampo vetero - testamentario traspare ancora, soprattutto se si considera l’idea che la proprietà della terra diventa solo successivamente divisibile, così come in Grozio, ma qui il legame tra la proprietà e l’uso viene sostituito dal rapporto proprietà – lavoro per l’appunto. I caratteri “medievali” nell’opera dei due principali protagonisti del giusnaturalismo seicentesco continentale sono continuamente rintracciabili e, quindi, il loro rapporto con le concezioni più marcatamente “moderne” deve essere valutato con massima cautela. Dubbi, infine, permangono sul concetto di uguaglianza che viene posto alla base della disciplina del contratto, ossia se bisogna considerare questa in senso formale oppure in senso sostanziale. (Cfr. U. GROZIO, *De jure bellis ac pacis*, 2,2, pp. 115-16).

¹⁰⁵ I diritti hanno una natura esclusivamente soggettiva. Manca in Hobbes un concetto di diritto oggettivo, *extra partes*, un diritto dal punto di vista del sovrano. Il rapporto sovrano – sudditi può essere concepito, dal punto di vista del primo, solo mediante lo strumento dell’*auctoritas*. Sul tema cfr. B. DONATI, *Il rispetto della legge dinanzi al principio di autorità. Critica alla filosofia civile di Hobbes*, Roma 1919.

¹⁰⁶ Un altro punto determinante della dottrina di Grozio è la riproposizione, già rilevata in Domingo de Soto del rapporto tra il potere sovrano e la proprietà: in questo caso, però, non viene riservato al sovrano il potere di dividere i beni tra i sudditi, che è lasciato in coerenza con la teoria politica al libero consenso degli uomini, ma un vero e proprio diritto di proprietà sui beni singoli. Tale posizione rappresenta un passo indietro e, contemporaneamente, un passo avanti nell’elaborazione di una filosofia del diritto disancorata definitivamente dal pensiero teologico. Cfr. D. de SOTO, *De iustitia et iure*, IV, III, pp. 302-305 ; U. GROZIO, *De jure belli ac pacis*, 2, 3, 1, p. 127.

uomo è necessariamente sottomesso¹⁰⁷. Il diritto contrattuale e il diritto di proprietà vengono considerati, prima ancora che in un contesto giuridico positivo, come espressione di un diritto naturale ad esso preordinato. Essi, dunque, non sono il prodotto della legge positiva, il cui unico compito, invece, è quello di disciplinarli e garantirli¹⁰⁸.

Imbrigliata tra i gangli di due visioni teoriche che non consentono una piena affermazione concettuale, è all'interno delle dinamiche degli ordinamenti giuridici statali che la proprietà trova il suo posto e rappresenta il punto di equilibrio tra l'individuo e la collettività, tra l'ente statale e il corpo sociale, tra diritto pubblico e diritto privato, insomma l'elemento risolutore dei dualismi concettuali che caratterizzano in modo preponderante le dottrine giuridiche e politiche moderne. Lo Stato, in primo luogo, attraverso la legge compie, quanto meno su un piano teorico, quella neutralizzazione della sovranità che dapprima era detenuta da singoli individui o da gruppi sociali e che ora rappresenta una sua esclusiva prerogativa. In secondo luogo, con la monopolizzazione dell'emissione della moneta, mette in opera da un lato, la piena razionalizzazione della circolazione dei beni, dall'altro, oggettiva la valutazione degli stessi. Nell'opera di Tönnies, che è stata finora citata solo come prologo del nostro discorso, c'è un importante elemento di riflessione che traccia il sentiero per un'ulteriore e conclusiva considerazione preliminare. Nell'ultima parte del suo volume, egli individua, sempre nell'ambito della distinzione tra comunità e società, dei concetti in antitesi tra loro, da ricondurre al primo o al secondo prototipo sociale, la cui serie costituirebbe la base del diritto comunitario e del diritto societario¹⁰⁹. Tra le varie coppie quella che desta maggiore interesse è quella composta dal "suolo" e dalla "moneta", dal momento che attraverso questa viene sottolineata la centralità dello scambio e della misurazione dei valori all'interno di un qualsiasi contesto sociale e, inoltre, vengono piantati i semi di una insidiosa quanto affascinante

¹⁰⁷ K. LUIG, *Il concetto di "innoxia utilitas" come principio fondamentale del diritto privato naturale pufendorfiano*, cit., p. 215

¹⁰⁸ Nel *De officio hominis et civis* (L. I, cap. XII, 2-3) Pufendorf parla di *propietas sive dominium*, considerando la proprietà come individuale ed assoluta (cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 108). Manca in questa valutazione tutta quella profonda e complessa riflessione giuridica che ha caratterizzato, per due secoli, il pensiero giusfilosofico francese, da Domat a Pothier fino alla realizzazione della codificazione del 1804, in quel delicato e doloroso passaggio storico dall'*Ancien regime* allo Stato moderno, dal diritto consuetudinario al codice civile; cfr. A.J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, cit.

¹⁰⁹ F. TÖNNIES, *Comunità e Società*, cit. p. 262 e ss.

valutazione della proprietà come pratica di potere in quel sottile e labile confine che divide la semplice circolazione di cose e l'instaurarsi di vere e proprie relazioni intersoggettive. Per intraprendere questo irto cammino potremmo dunque partire da una nuova funzionale dicotomia: ad una comunità naturale, che concepiremo fondata sul “dono”, contrapporremo una società “artificiale” caratterizzata dallo “scambio”.

3. Dono e scambio: dualità e pluralità nei rapporti sociali. Il ruolo della moneta

Nella distinzione terminologica tra “comunità del dono” e “società dello scambio” l’eco della ricerca antropologica di Marcel Mauss¹¹⁰ e la relativa teoria sulla forma di circolazione dei beni nella società primitiva appare lapalissiano. Il richiamo al dono, utilizzato in questa sede in contrapposizione allo scambio ed associato all’ideale di comunità, è un tentativo di delineare due modelli di riferimento che, dalla lettura comparata dei grandi studi che costituiscono il lascito permanente nella nostra cultura delle “scienze dello spirito” di fine XIX secolo, ci consentono di cogliere quella cesura netta che separa sistemi di organizzazione sociale differenti. Anche in questo caso valgono le premesse già fatte altrove riguardo la strumentalità delle dicotomie. Va inoltre precisato che il concetto di dono e quello di scambio si allontanano dal loro significato “ortodosso” per costituire una sorta di predicato delle ipostasi definite nel paragrafo precedente¹¹¹.

Ciò che definiamo come comunità del dono è quel contesto sociale nel quale non c’è una netta distinzione tra uno spazio pubblico e uno privato, uno spazio delle relazioni interpersonali e uno spazio della circolazione dei beni. Far circolare beni significa tenere relazioni sociali che durano nel tempo. Se prendiamo ad esempio la già citata pratica medievale del doppio dominio, quello diretto e quello utile, ci accorgiamo che essa incarna il metodo per la costituzione di una gerarchia sociale improntata sulla cessione del bene, dando a tale termine il significato più ampio possibile. La legislazione di questi sistemi presenta poche norme che sanciscono la circolazione di beni mobili¹¹². Tuttavia, mediante il mantenimento di un vincolo giuridico

¹¹⁰ M. MAUSS, *Essai sur le don*, trad. It. *Saggio sul dono*, Torino 1965

¹¹¹ L’accostamento tra “comunità” e “dono” da un lato e tra “società” e “scambio” dall’altro, ha come obiettivo quello di mettere in luce il fatto che il problema non concerne soltanto l’organizzazione della produzione e della circolazione delle cose, quanto l’intero impianto sociale, considerando in esso anche i valori, i principi e gli eventuali fini che esso si pone. Sarebbe stato più facile un apparentamento tra i modelli societari durkheimiani e la figura del dono dato il legame, non solo intellettuale ma anche familiare che intercorre tra i due; tuttavia il sistema di pensiero di Tönnies ci forniva la possibilità di poter svolgere una disamina più complessa ed adeguata alla problematicità del tema. Per una lettura più “autentica” del rapporto tra le teorie di Mauss e il concetto di proprietà cfr. P. G. SOLINAS, *Proprietà: un concetto antropologicamente incompiuto*, in “Parolechiave”, *Proprietà*, cit. pp. 159-167.

¹¹² C.N. DE ANGELIS, *La proprietà e il possesso dal Tardo Impero ai giorni nostri*, Napoli 1941, p. 30 e ss.

il rapporto tra due soggetti, l'uno subordinato all'altro, produce una pratica di potere e una struttura sociale ben ramificata.

Nella società dello scambio, invece, noi cogliamo questi elementi di dissociazione tra uno spazio comune e uno domestico. La logica del dono prevale nel primo caso, ossia in tutte quelle circostanze nelle quali i soggetti si pongono nei confronti degli altri per instaurare relazioni stabili e durature. La circolazione dei beni, sia mobile sia immobile, non rappresenta un modo per legare un soggetto all'altro. I trasferimenti di proprietà attraverso compravendita non producono un legame oltre i naturali effetti della pratica negoziale. Con la corrispettività dell'obbligazione il rapporto giuridico tra due soggetti cessa. Essi sono sullo stesso piano solo formalmente e da un punto di vista delle relazioni sociali, sia alla fine che all'inizio del rapporto. Sebbene esistano altre forme contrattuali che consentono la circolazione dei beni senza trasferimento dei beni di proprietà, essi sono sempre temporanei. La gerarchia sociale non avviene più mediante la circolazione dei beni, ma attraverso le dinamiche del lavoro. Come già visto era Durkheim a cogliere il fatto che questo doppio livello di solidarietà implica due differenti sistemi sociali¹¹³.

Il concetto di dono non può essere ricondotto, tuttavia, ad un dualismo con lo scambio o ad una contraddizione tra un modello di società solidale ed una egoistica. Il dono costituisce l'elemento che ci consente di comprendere sostanzialmente due cose: *in primis* il rapporto tra gli uomini, la loro natura, le loro dinamiche; *in secundis* – e in questa sede esso è l'aspetto più importante – il contenuto del trasferimento del dono dal donante al donatario.

Ciò che caratterizza il dono è una sorta di “dualità” volontaria e reale che si realizza con l'instaurazione di un legame che coinvolge l'intera sfera dell'individualità. Il contesto sociale in cui il dono vive è quello di un'esistenza che non distingue piani conoscitivi e piani comportamentali separati, ambiti autonomi di pensiero e di azione. Religione e scienza, etica e diritto rappresentano un *unicum*, un *mare magnum* nel quale esse nuotano, coesistono e si compenetrano in maniera indifferenziata. La relazione che il dono crea non attiene ad una singolarità oggettuale, ad un mero baratto di cose di utilità comune e di uso quotidiana, ma è un procedimento che mira direttamente e stabilisce un rapporto di potere-dovere. Esso pertanto incarna una forma di comunicazione tra due uomini o due gruppi. Se da un lato, come è stato acutamente osservato, si afferma il primato

¹¹³ E. DURKHEIM, *La division du travail social*, cit.

della relazione sull'individuo¹¹⁴, emerge d'altro canto, una prevalenza del rapporto sul potere, dell'accordo generale sull'utile particolare, dell'aspetto per così dire "politico" su quello eminentemente "economico". Il contesto economico-sociale nel quale invece viene posto in essere un puro scambio tra due o più soggetti si basa sul primato dell'oggetto sui soggetti, sulla spersonalizzazione della relazione che avviene sempre in un ambito nel quale sussiste una "pluralità" indifferenziata ed ipotetica. Mentre nel caso del "dono" la scelta del soggetto con cui rapportarsi è fatta sull'individuo, nella contrattazione lo "scambio" viene posto in essere in base al bene o al servizio che si riceve. Non a caso si è avanzata una distinzione tra una *socialità primaria*, che pone al centro le persone e ha come strumento comunicativo il dono, e di *socialità secondaria* che, al contrario, predilige l'aspetto funzionale e materiale e individua nello scambio il suo mezzo veicolare¹¹⁵.

Il primato dello "scambio" nei confronti dell' "dono" costruisce il momento fondamentale del passaggio da una economia semplice ad una economia complessa, da una visione statica ad una dinamica delle relazioni sociali. Il problema del trasferimento dei beni, quello della velocità della loro circolazione, sia formale, se si considerano i beni immobili, sia materiale, se si fa riferimento alle *res mobiles*, implica una serie di trasformazioni del modo di pensare alle categorie logiche, prima ancora che giuridico-economiche, mediante le quali comprendere, per intero, la vasta gamma delle questioni che sorgono in merito ai rapporti intersoggettivi e relativamente alla considerazione del "mondo delle cose" *tout court*. La chiave di volta del discorso risiede nel primato che i valori mobiliari assumono rispetto a quelli immobiliari: la nascita di una fitta rete di circolazione di beni e di transazioni economiche, il continuo trasferimento di titolarità da un soggetto all'altro hanno come conseguenza primaria quella di favorire il predominio del negozio sul titolo, del contratto e dell'obbligazione sul diritto soggettivo. Si afferma in definitiva un coacervo di relazioni *inter homines* continuo e orizzontale, in opposizione alla statica verticalità che trova una sua emblematica realizzazione nel sistema feudale¹¹⁶. Il principio che regge l'intero

¹¹⁴ M. AIME, *Da Mauss al MAUSS*, introduzione a M. MAUSS, *Saggio sul dono*, trad. it., Torino 2002, pp. VII-XXVIII.

¹¹⁵ A. CAILLÉ, *Uscire dall'economia*, trad. it, 1997, p. 202 e ss.

¹¹⁶ Weber, a riguardo, afferma: «Il contratto feudale non è un comune negozio giuridico, ma è un affratellamento su base giuridica (certamente) ineguale, che comporta reciproci doveri di fedeltà». [M. WEBER, *Economia e società*, trad. it. Milano 1981, vol I, p. 252]

ragionamento e la complessità del dibattito teorico è senza ombra di dubbio il principio dell'*aequitas*: esso rappresenta la molla che muove sia le analisi dei teologi, sia la riflessione giuridica dei romanisti, che per primi nei secoli XIII e XIV si trovarono ad affrontare l'insieme delle problematiche di una società in trasformazione. Attorno al valore dell'uguaglianza, concepito come criterio oggettivo per risolvere le dispute tra i singoli soggetti, derivazione culturale della scienza giuridica romanistica, ruota la totale considerazione del mondo economico medievale.

La disputa sul giusto prezzo, in primo luogo, sebbene non invada il campo proprio della questione possessoria, è sintomatica di una certa maniera di concepire il rapporto economia-diritto e delle questioni pratiche e teoretiche che da esso derivano. In questa emerge, più che in altre vicende, quella esigenza di misurare i beni all'interno di una ragnatela di scambi commerciali, nell'ambito di una dinamica mercantilistica che necessariamente modifica l'atteggiamento dei soggetti economici e la realizzazione delle relazioni sociali. I beni, pertanto, non sono più considerati né soltanto nel piccolo e monotono angolo visuale del consumo e del sostentamento, né nell'alveo buio di una elementare quanto ruvida proposizione del rapporto uomo-natura. Tuttavia, prima ancora che i contenuti, risulta estremamente interessante visionare i presupposti metodologici che si trovano alla base di tale questione e che determinano inevitabilmente i relativi sviluppi e le più importanti conseguenze. Il punto di vista dei teologi e dei canonisti medievali che per primi si imbattono in una così complessa riflessione appare rigidamente interpersonale, non impersonale o soprapersonale come quello che potrebbe adottare uno studioso contemporaneo¹¹⁷. Tale osservazione non mira a ricostruire un dibattito storico, bensì a mettere sul tavolo i punti salienti di un processo evolutivo che porta religiosi e laici, uomini di legge e filosofi del tempo a stabilire nuove regole e a ricorrere a principi comuni dinnanzi al proliferare sempre maggiore delle transazioni economiche. In questo frangente ci soffermeremo brevemente sugli aspetti di natura più marcatamente economico-giuridici, tralasciando i rilievi di natura più prettamente etica già sommariamente trattati in precedenza.

Il problema principale riguarda il rapporto tra compratore e venditore¹¹⁸. Se ci si abbandona ad una lettura soggettiva di codesta relazione, il principio della parità formale tra compratore e venditore

¹¹⁷ O. CAPITANI, *Introduzione* in "L'etica economica del medioevo", cit., p. 9

¹¹⁸ J. W. BALDWIN, *I romanisti medievali (secoli XII e XIII)* in "L'etica economica del medioevo", cit., p. 69-94

può essere interpretato non solo come un'esigenza di una pari tutela, ma come la consapevolezza di una eguale "ignoranza" in merito al valore delle merci, ovvero di una identica capacità cognitiva dell'uno e dell'altro onde addivenire ad un'equa comparazione tra prezzo e cosa. Spostiamo per un attimo il nostro sguardo nel basso medioevo e consideriamo questo non tanto come un luogo storico ma quasi come un laboratorio di studio: osservando le dinamiche che hanno portato alla affermazione dell'espedito giurisprudenziale della *laesio enormis*, mediante la quale era possibile compensare la parte che aveva contrattato ad un prezzo a lei sfavorevole, ci si accorge che, se in un primo tempo essa era eccepibile solo da parte del venditore, successivamente tale tutela fu estesa anche al compratore¹¹⁹. In particolare la *laesio enormis* divenne il rimedio attraverso il quale era possibile appellarsi per il cosiddetto *dolus re ipsa*, ossia per il verificarsi di una condotta dolosa non intenzionale che trovava giustificazione nell'erronea valutazione dell'effettivo valore di un

¹¹⁹ La *laesio enormis*, che nel *Corpus Iuris* era prevista soltanto in relazione alla vendita delle terre, viene rispolverata con la riscoperta del *Corpus* stesso e diventa ben presto un espedito importante, suscitando non poche discussioni circa possibilità di estendere, sia nell'ambito dei soggetti, sia nell'ambito degli oggetti tutelati, le garanzie che essa prestava. Già presente nel *Brachylogus iuris civilis* di Vicario, in tale testo il termine *fundus* viene sostituito con il più generico termine *res*. Pertanto, da che essa copriva solo i beni mobili, la sua applicazione viene estesa anche alle vendite mobiliari; tuttavia la *laesio* rimane soltanto una forma di riparazione per venditore. Se tale posizione viene condivisa dai primi esponenti della Scuola di Bologna (*Summa Trecensis* 1140-1159, Rogerio 1170, Placentino 1191), già nel XII secolo si assiste ad un tentativo di estendere l'istituto a garanzia del compratore (*Discussiones* di Ugolino XIII sec.; Martino 1150, Alberto 1180). L'ipotesi si concretizza in orientamento dominante con la Glossa di Azzone, confermata dall'opera di Accursio e di Odofredo.

In merito alla *laesio* una seconda disputa teorica investe il tema del limite oltre il quale il danno potesse essere considerato *enormis*. Se in un primo tempo, infatti, prevale il principio *dimidia iusti pretii*, in seguito, quando la tutela comprende anche la possibilità per il compratore di ricorrere alla *laesio* in sede giurisdizionale, si presentano due differenti criteri interpretativi: il primo definito geometrico e basato sul principio del *duplus*, ossia che il compratore sarebbe stato ricompensato solo se il prezzo da lui pagato avesse superato del doppio quello giusto (Martino, Alberico, Placentino); il secondo, individuato sempre da Azzone e poi prevalente, seguiva, invece, un criterio aritmetico secondo il quale al giusto prezzo andava aggiunta o sottratta la sua metà, in modo tale che soltanto se il prezzo di vendita fosse risultato inferiore o superiore alla forbice di oscillazione le parti avrebbero potuto fare ricorso alla *laesio enormis*.

Infine, un'ultima ma non minore questione atteneva al problema dell'impossibilità per il compratore di poter restituire i beni ricevuti e quindi l'unico rimedio possibile era quello di chiedere al venditore la restituzione della parte di prezzo pagata in eccesso, cosa non sempre semplice e pacifica. Sul tema cfr. J. W. BALDWIN, *I romanisti medievali (secoli XII e XIII)*, cit. p. 71-75

bene¹²⁰. Se invece si sceglie una prospettiva oggettiva per osservare il fenomeno descritto da una dimensione più generale, è facile rilevare che il diritto, in questa circostanza esemplare così come in altri simili casi, costituisce quello strumento indispensabile per rimediare agli errori del mercato, per eliminare quegli ingiustificati guadagni che determinati soggetti potevano indebitamente ottenere, anche contro la propria volontà. La questione del rapporto tra economia e diritto, tuttavia, presenta alcuni decisivi nodi da sciogliere. Se è vero che da una libera contrattazione si passa ad un intervento legislativo, ma soprattutto giurisprudenziale, che tenda a mitigare particolari effetti perversi delle dinamiche dei mercati, è altrettanto giusto ricordare che l'effettiva individuazione del prezzo, o che questa avvenisse per *officium iudicis* oppure mediante l'*arbitrium boni viri*, era determinata sempre all'interno delle dinamiche socio-economiche, ed era dunque pur sempre il mercato che forniva gli elementi materiali per giungere alla formazione del prezzo equo¹²¹. In altre parole il diritto aveva la capacità di intervenire per dirimere le controversie legate ad un caso particolare e per offrire ad esso dei rimedi logico-strumentali, ma la regola sostanziale che consentiva di identificare il prezzo comune – e dunque l'autentica norma generale del sistema giuridico-economico – trovava origine sempre e comunque nella realtà economica¹²². Non

¹²⁰ Nella romanistica del basso medioevo si distingueva, in tema di compravendita il *dolus ex propositio*, nel caso in cui il venditore artatamente “montava” il prezzo della cosa venduta, e il *dolus re ipsa*, quando l'aumento del prezzo non era determinato intenzionalmente da chi poneva in essere la compravendita. Mentre nel primo caso, sebbene il contratto rimanesse valido, tramite l'*officium iudicis* era sempre possibile richiedere una diminuzione del prezzo o la ripetizione dell'intera somma dietro la restituzione del bene venduto, nel secondo, invece, ci si poteva appellare solo alla *laesio* e quindi si poteva ricorrere solo in caso di una grande difformità tra il giusto prezzo e il prezzo effettivamente pagato. Cfr. J. W. BALDWIN, *I romanisti medievali (secoli XII e XIII)*, cit., p. 90 e ss.

¹²¹ Il principio della libera contrattazione ha costituito la base per la definizione del giusto prezzo per tutto l'alto medioevo e ben oltre il X sec. A riguardo il richiamo giuridico più rilevante era senz'altro la disciplina del *Codex* teodosiano che censurava la possibilità di annullare un contratto per l'inadeguatezza del prezzo. Dopo la ripresa dell'applicazione, riveduta e corretta, della *laesio enormis* nell'ambito delle transazioni commerciali, quello della concreta valutazione del giusto prezzo ha rappresentato un costante problema più di carattere pratico che giuridico. Tanto il richiamo all'*officium iudicis*, quanto il ricorso all'*arbitrium boni viri* non costituiscono *tout court* adeguati sistemi di valutazione. Quanto alla figura dell'*estimator*, tranne che nel *Formularium* di Martino da Fano 1232, dove viene definito per la prima volta, e nell'*Ars Notariae* di Raniero da Perugia 1224-1234, dove vengono elencati i suoi doveri, non troviamo quasi traccia circa la sua figura e le sue funzioni nelle fonti dell'epoca. Cfr. J. W. BALDWIN, *I romanisti medievali (secoli XII e XIII)*, cit., p. 69

¹²² Il tema dell'effettiva tutela della *laesio enormis* portò i giuristi del tempo ad escogitare ulteriori rimedi. Tralasciando la disputa tra Azzone e Alberico circa la possibilità di mitigare l'eccessiva discrezionalità del giudice attraverso la *restituito in integrum*, l'*actio*

costituisce comunque un aspetto secondario la circostanza per cui si passa dal principio *licet contrahentibus invicem se naturaliter circumvenire*¹²³, secondo il quale non vi è alcun vincolo giuridico alla contrattazione tra le parti, al brocardo *licitum est contrahentibus invicem se re ipsa decidere*, tra le cui righe è possibile leggere quella preoccupata consapevolezza dell'impossibilità di cogliere l'effettivo valore economico di un bene¹²⁴. Attraverso l'equiparazione tra la posizione del compratore e del venditore e, al tempo stesso, la considerazione delle incertezze che ancora emergono nella comprensione dell'intero evolversi delle dinamiche economiche, assistiamo alla prima e decisiva affermazione del principio dell'*aequitas*, punto di partenza della riflessione etico-giuridica, sia dei teorici, sia degli operatori del mercato.

La concezione del danaro, nella dinamica degli scambi testé delineata, rappresenta un aspetto complementare, un altro polo di un discorso che investe un mondo ineluttabilmente in trasformazione verso l'adozione di forme di comprensione della realtà economico-

ex empto ovvero *ex contractu*, rammentiamo, da un lato, il ricorso alla pratica del giuramento da parte del venditore, ma soprattutto dall'altra la pratica della rinuncia, mediante clausola contrattuale alle riparazioni della *laesio* da parte del venditore se il prezzo fosse in seguito risultato più basso del giusto prezzo. Se in merito al primo rimedio sia Accursio che Odofredo ritenevano comunque possibile il ricorso alla *laesio* anche in caso di giuramento, appare piuttosto curioso il fatto che le fonti storiche accertano la presenza di tanti contratti nei quali sono presenti le suddette clausole di rinuncia. A questo fenomeno sono state date tante spiegazioni – dall'intento fraudolento dei notai per richiedere onorari più alti alle resistenze del diritto germanico agli istituti di origine romanistica, dalla difficoltà di applicare il diritto romano nel contesto economico medievale al tentativo del sistema economico dal liberarsi dai vincoli giuridici. Tuttavia un'ultima parola va spesa per ricordare l'acuta obiezione che Odofredo avanzava riguardo all'applicazione delle clausole alla vendita dei beni corporali, perché ci consente di cogliere a pieno determinate sottigliezze dottrinarie tipiche di quella fioritura degli studi giuridici e di quel mondo le cui categorie ermeneutiche appaiono di così difficile comprensione. Il fine glossatore argomentava che, essendo tali beni indivisibili, essi non erano sottoponibili contemporaneamente ad una vendita e ad una donazione, quale era considerata a tutti gli effetti la rinuncia alla *laesio enormis*. E' lo stesso Odofredo che, in ultimo, individua tre criteri possibili per addivenire alla cifra del giusto prezzo. Oltre al già citato ricorso ai *boni homines*, egli suggeriva di confrontare la vendita in corso con quella dei terreni circostanti, oppure le relative rendite annue. Cfr. J. W. BALDWIN, *I romanisti medievali (secoli XII e XIII)*, cit., p. 76-79.

¹²³ La formula è tratta dal *Breviarium Alaricianum* VI sec ed è ripresa da Ivo di Chartres nel XII sec, prima di affermarsi definitivamente con riscoperta del Digesto.

¹²⁴ Questa incapacità di indagare sulla natura economica non è altro che una derivazione di quella più generale ignoranza della natura delle cose in generale che giace alla base di un determinato sistema filosofico nel quale la verità di fede non è stata ancora pienamente affiancata dalla verità di ragione: se non dal punto di vista prettamente teorico, quanto meno nella sensibilità della maggior parte degli uomini del tempo, l'apporto che la scolastica e il tomismo stavano offrendo non era ancora completamente penetrato.

sociale sempre più complesse e articolate. La moneta diviene dapprima il mezzo di misurazione più idoneo per la valutazione degli scambi; in seguito costituisce lo strumento necessario affinché il concetto stesso di ricchezza muti radicalmente: essa diventa da un lato un modo di conservazione della proprietà stessa, dall'altro l'unico criterio di valutazione oggettiva dei beni, non solo nella loro comparazione con gli altri, ma anche nella considerazione del loro valore intrinseco. In tale ottica gli immobili non rappresentano più il centro del sistema economico, né delle discipline del diritto privato e commerciale; essi diventano uno strumento di ricchezza e non si realizzano più in una mera espressione di potere sociale¹²⁵. La questione teorica può essere affrontata seguendo un doppio binario: da un lato bisogna ragguagliarsi sulla valutazione del valore intrinseco e il valore estrinseco della moneta ossia sul confronto, lo scontro e il compenetrarsi della teoria "metallistica" e di quella nominalista, dall'altro sulla considerazione, di matrice prettamente filosofica, del denaro come categoria razionalizzante dell'intera vita relazionale dell'uomo.

La moneta, quindi, è dapprima considerata come una merce il cui valore viene determinato dal metallo in essa contenuto, concepita dunque "metallisticamente"¹²⁶. Seppur apparentemente contraddittoria la coesistenza di una visione del denaro come misura e di una predominanza dell'interesse per il valore intrinseco delle monete viene determinata da due fattori determinanti: *in primis* l'inesistenza di un vero mercato monetario all'interno del quale la moneta possa essere razionalmente valutata, tenendo presente le sue variazioni e superando, quindi, il postulato della staticità del suo valore¹²⁷; *in secundis* l'esistenza di una pluralità di soggetti legittimati a coniare monete che renda necessaria, dunque, un'attenta comparazione

¹²⁵ Si assiste al superamento di quella distinzione tipica del diritto romano medievale tra *possessio civilis*, identificabile nel dominio diretto, e *possessio naturalis*, ascrivibile al vassallo, all'enfiteuta o comunque a chiunque fosse titolare di uno di quegli innumerevoli *ius in re aliena* a cui i fondi erano soggetti. Cfr. C.N. DE ANGELIS, *La proprietà e il possesso dal Tardo Impero ai giorni nostri*, cit., p. 64

¹²⁶ T. ASCARELLI, *Studi giuridici sulla moneta*, Milano 1952, p. 8

¹²⁷ L'esigenza di dare alle monete un valore certo e costante, al di sopra anche dell'autorità del Principe viene espressa in maniera chiara e forte da Nicola Oresmio nel 1355. Essa era il sintomo di una borghesia scalpitante e preoccupata che, nel tentativo di sottrarre al sovrano l'arbitrio sul conio della moneta, dichiarava illegittimo ogni mutamento che venisse stabilito *irrequisito assensu populi*, principio avanzato per la prima volta dai canonisti sulla scorta della lettera di Innocenzo III a Pietro d'Aragona. L'origine "contrattuale" della moneta anticipa di diversi secoli l'imperversare delle teorie contrattualiste sulla genesi dello Stato. Cfr. T. ASCARELLI, *Studi giuridici sulla moneta*, cit. pp. 10-12

materiale tra valute più o meno pregiate, senza dimenticare l'annosa e frequente pratica delle alterazioni¹²⁸.

Del resto, se gli aristotelici, da Enrico di Gent a Matteo de Afflictis, elaborano una dottrina della moneta che assume questa come strumento e oggetto di scambio contemporaneamente – assimilando così il debito di denaro ad un debito di merce che esclude ogni possibilità di sviluppo delle istanze nominalistiche – i civilisti come Bartolo, sull'esempio di eminenti glossatori, soprattutto di Azzone, sanciscono la prevalenza dell'intrinseco sull'estrinseco come mezzo di condanna delle alterazioni medesime¹²⁹. Il desiderio di stabilità, il proliferare degli scambi, l'impossibilità teoretica e pratica di una prospettiva sopraparte, l'inesistenza di una autorità centralizzata che sia in grado di monopolizzare la produzione di moneta sono gli elementi che determinano l'imposizione di un sistema monetario complicato e farraginoso. Se i secoli dodicesimo e tredicesimo possono essere visti come il periodo nel quale è possibile osservare un tale fenomeno, nei duecento anni successivi il mutamento di determinate strutture politiche ed economiche ci offre la possibilità di scrutare un nuovo orizzonte conoscitivo. Il lento ma progressivo formarsi degli Stati moderni e la diminuzione del numero di monete in circolazione favoriscono la nascita dell'idea di ordinamento monetario. Al dogma del valore intrinseco si va man mano affiancando la considerazione del *valor currens*¹³⁰. Inoltre, l'ormai generalizzata pratica del rispetto del *tempus contractus* rispetto al *tempus solutionis* nell'adempimento delle obbligazioni monetarie segna il passaggio da una concezione "metallistica" ad una quanto meno "valoristica". In altri termini l'affermazione del valore di cambio come metro di misurazione del sistema monetario e il rispetto delle mere e letterali disposizioni contrattuali, così come teorizzate dallo Scaccia e dal Fabro, rappresentano i punti di rottura che consentono alla dottrina moderna di riqualificare e ridefinire concettualmente l'intera disciplina della circolazione del denaro¹³¹.

L'uniformità del sistema monetario passa per così dire dalla materia alla forma: non è più la quantità di metallo a determinare i valori delle monete, bensì il ricorso ad una cosiddetta "valuta di

¹²⁸ La possibilità di ridurre a metallo la moneta comincia ad essere considerata più come un'esigenza che come una teoria dai glossatori, soprattutto da Accursio. Cfr. T. ASCARELLI, *Studi giuridici sulla moneta*, cit., p. 7; cfr. G. C. CAFFENTZIS, *Parole abusate, monete tosate e governo civil*, cit.

¹²⁹ T. ASCARELLI, *Studi giuridici sulla moneta*, cit. 10-12

¹³⁰ Ivi, p. 20

¹³¹ Ivi, p. 24

conto” che, nei secoli XVI e XVII, grazie anche al contributo del Molineo e della scuola francese, costituisce il concetto di misuratore invariabile¹³². Le porte del nominalismo sono dunque definitivamente spalancate. Creditore e debitore trovano, anche in questo settore, il loro metro di misurazione idoneo a garantirsi reciprocamente dai possibili danni di transazioni difficilmente valutabili, e a tutelarsi in nome di quell'*aequitas* che esonda all'interno della totalità delle relazioni economico-sociali, tracimando le barriere logore della materialità per irrigare il fertile campo di un formalismo che, a poco a poco, invade l'intero mondo delle umane scienze.

Il denaro, letto in una prospettiva filosofica che tralascia gli aspetti più marcatamente economici, assume, così come acutamente rilevato nella *Philosophie des Geldes* da Georg Simmel¹³³, una duplice funzione: *in primis* costituisce quel mezzo di intermediazione universale tra gli uomini, *in secundis* non considera più gli oggetti nella loro essenza, ma semplicemente nei loro rapporti di interdipendenza¹³⁴. La perdita graduale e definitiva del denaro del suo valore materiale e l'acquisto da parte del medesimo di un valore meramente funzionale porta ad una riconsiderazione sullo sviluppo della modernità. Infatti, se è vero che la moneta incarna un potente fattore di oggettivazione, tuttavia, il valore che essa dà alle cose non è più rintracciabile in una dimensione ontologica, ma è verificabile soltanto nel suo compito di certificazione dei rapporti di reciprocità dello scambio. Ma è lo scambio stesso che si realizza in una relazione tra cose e non più, come in una comunità nella quale il valore d'uso degli oggetti era inseparabilmente unito al soggetto, in un rapporto interpersonale¹³⁵. Attraverso il denaro l'individuo si sottrae agli stretti vincoli che lo legano alle cose e soprattutto agli uomini, al legame con la terra e a qualsiasi rapporto di dominio. Come conseguenza di questa nuova visione, si possono facilmente osservare due implicazioni: in primo luogo, l'utilità e la scarsità diventano elementi rilevabili solo soggettivamente e non costituiscono più l'assioma su cui fondare la riflessione economica, rappresentando essi i motori dello scambio che non è altro che la manifestazione economica della relatività delle cose; in secondo luogo, l'economia monetaria sancisce il predominio dei

¹³² Ivi, pp. 25-26

¹³³ G. SIMMEL, *Philosophie des Geldes*, Leipzig 1900, trad. it. di A. Cavalli e L. Per lucchi, *La filosofia del denaro*, Torino 1984)

¹³⁴ Cfr. A. CAVALLI – L. PERLUCCHI, *Introduzione a G. SIMMEL, Filosofia del denaro*, cit., p. 12)

¹³⁵ Ivi, p. 23 e ss.

mezzi sui fini, ribaltando definitivamente l'etica kantiana¹³⁶, tanto che si può parlare di “cosalizzazione della vita”.

¹³⁶ La definizione è di Lukàcs; cfr. G. LUKACS, *Scritti di sociologia della letteratura*, Milano 1964, p. 301.

II CAPITOLO

PROPRIETÀ PRIVATA E POTERE SOVRANO. TRE MODELLI A CONFRONTO

1. La *property* nel sistema giuridico del *Common Law*

Nell'ambito del *common law* per indicare l'insieme delle norme che regola il diritto di proprietà si utilizza il termine *law of property*¹³⁷. Tale disciplina costituisce una branca del diritto che, col passare del tempo, ha subito, con alterne vicende, l'evoluzione del sistema giuridico anglosassone ed è, al tempo stesso, il campo nel quale la differenza con i regimi di *civil law* appare maggiormente profonda¹³⁸. Nel diritto inglese, infatti, non è stata mai elaborata una

¹³⁷ Il *common law* si sviluppa in quattro fasi della storia. La prima comprende il periodo che va fino al 1066 nel quale dominano le corti locali e il diritto si sviluppa attorno alla loro giurisprudenza. Dal 1066 al 1485, invece, si assiste alla formazione del corpo centrale del *common law*. La *Curia regis* concentra la giurisdizione nelle mani della Corona attraverso tre diverse corti: la *Court of Exchequer*, competente in materia di finanza regia, la *Court of Common*, dedicata alla risoluzioni dei conflitti riguardanti la proprietà fondiaria, la *Court of King's Bench*, che si occupa delle questioni relative alla pace del regno. Le corti minori, competenti per i diritti residuali, subiscono una lenta scomparsa. Nella terza fase, che va dal 1485 al 1873, per correggere e mitigare le discrepanze che l'accentramento delle corti porta con sé si sviluppano le regole dell'*equity*, il cui unico titolare è la *Court of Chancery*. Con il *Judicature Acts* del 1873 e la soppressione della distinzione tra corti di *common law* e le corti di *equity* si realizza l'ultima grande rivoluzione nell'ambito del diritto anglosassone. Viene istituita una corte centrale. L'*High Court of Justice*, che giudica in prima istanza, la *Court of Appeal*, che sentenzia in secondo grado e rimane alla *House of Lords* la terza ed ultima parola in merito ai procedimenti giurisdizionali. L'*High Court of Justice* è divisa in tre sezioni, la *King's (Queen's) Bench Division*, che applica il *common law*, la *Chancery Division*, che applica l'*equity*, la *Family Division*, nata nel 1970, che si occupa del diritto di famiglia. Accanto alle corti centrali vanno sempre considerate le Corti di Contea, sorte nel 1846 per dirimere le cause minori e le innumerevoli corti secondarie nate dopo il 1914 che giudicano anche in contrasto con il *common law*. Sulle quattro fasi dello sviluppo del *common law*, cfr. F. DE SIMONE, *Introduzione allo studio dei sistemi giuridici: vicende delle codificazioni continentali e dell'ordinamento della common law*, Napoli 1997, p. 104-117. Sul tema della *law of property* cfr. U. MATTEI, *Il diritto anglo-americano*, Torino 1992, p. 326.

¹³⁸ Un tentativo di unificazione normativa e concettuale della disciplina proprietaria è rappresentato dal *law of property act* del 1925. Nonostante tale atto mirasse ad una forma di "codificazione" del diritto proprietario sul modello continentale, la distanza sul piano legislativo e su un piano più marcatamente filosofico tra il modo di concepire le dinamiche possessorie da parte delle due scuole del pensiero giuridico rimane netta, soprattutto se si considera l'evoluzione che negli ultimi anni la materia ha subito nei due diversi sistemi, di

vera e propria teoria del diritto di proprietà: tra la nozione di proprietà elaborata nei sistemi continentali e i caratteri della *property* esiste una netta differenza sul piano ontologico¹³⁹. Il nucleo originario del diritto di proprietà trova il suo sviluppo nel periodo feudale ed ha superato indenne il passaggio all'età moderna, tanto da incarnare il simbolo di quella continuità del diritto inglese tanto celebrata¹⁴⁰. Il *law of property* rappresenta la materia fondamentale dell'intero *common law*: essa si presenta temporalmente e logicamente anteriore a qualsiasi diritto e qualunque situazione giuridicamente rilevante¹⁴¹. Come effetto di tale indolore trapasso, basti pensare che l'intera struttura del diritto di proprietà è stato costantemente integrato dall'*equity*, il cui ruolo risulterà, come vedremo, determinante nell'evoluzione dell'intera disciplina¹⁴². Ciò che va preliminarmente definito, dunque, è la tipologia dei rapporti che vengono ricondotti al concetto di *property*. Essa, infatti, è comprensiva della intera nozione di patrimonio tanto da potersi considerare genericamente come un diritto alla ricchezza a cui ogni singolo individuo, in una serie innumerevoli di rapporti e situazioni, può appellarsi onde tutelare interessi di svariata natura¹⁴³. In altre parole il diritto di proprietà comprende dei rapporti negoziali che nella tradizione del diritto romano sarebbero considerati nell'ambito del diritto delle obbligazioni. Una partizione netta tra diritto assoluto e diritto relativo risulterebbe, dunque, del tutto inadeguata per inquadrare la folta serie di relazioni giuridiche e la tipologia dei vari istituti contemplati nel *law of property*¹⁴⁴.

fronte al mutamento delle dinamiche del diritto privato nonché al manifestarsi di nuove situazioni giuridiche meritevoli di integrazione e tutela negli ordinamenti preesistenti. Sul tema cfr. S. RODOTÀ, *Proprietà: una parola controversa*, in "Parolechiave", *Proprietà*, 30-2003, p. 1-19. Sul *law of property act* cfr. U. MATTEI, *Il diritto anglo-americano*, cit., p. 328 e ss.

¹³⁹ Cfr. R. PRELATI, *Real property e proprietà fondiaria*, Napoli 2003, p. 18-19

¹⁴⁰ Sulla continuità tra medioevo e modernità si ricordi, tra le tante voci, l'analisi di Gustav Radbruch. Cfr. G. RADBRUCH, *Lo spirito del diritto inglese*, trad. it., Milano 1963, p. 5 e ss.

¹⁴¹ R. PRELATI, *Real property e proprietà fondiaria*, cit., p. 20

¹⁴² Sul ruolo dell'*equity* nei sistemi di *common law*, cfr. F. W. MAITLAND, *L'equità*, trad. it. Milano 1963, p. 3-30. Sul rapporto *property-equity* cfr. U. MATTEI, *Il modello di Common Law*, Torino 1993, p. 169.

¹⁴³ U. MATTEI, *Il diritto anglo-americano*, cit., p. 327; R. PRELATI, *Real property e proprietà fondiaria*, cit., 57.

¹⁴⁴ L'istituto del *trust* è quello che meglio ci fa comprendere la dimensione giuridica del diritto di proprietà del sistema anglo-americano (cfr. M. LUPOI, *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, Milano 1971, p. 45 e ss.). Va, tuttavia, rilevato che sia nei sistemi di *civil law*, sia nel *common law*, la proprietà immobiliare è posta al centro del sistema proprietario: se nel primo caso il carattere della assolutezza ha col tempo prevalso e, contemporaneamente, ha egemonizzato l'intera disciplina dei diritti reali

Un'unica e fondamentale divisione concerne non tanto, quindi, la nozione di proprietà, quanto la tutela giurisdizionale¹⁴⁵: tuttavia la natura di essa porta con sé implicazioni teoriche di notevole rilevanza dato che il *law of property*, in ogni sua articolazione e in tutte le fasi del suo sviluppo si è costituito in forma rimediale. In altre parole il ragionamento giuridico non muove dal diritto verso la tutela, ma viceversa, dalla tutela al diritto sostanziale¹⁴⁶. La razionalità dell'ordinamento giuridico parte dal giudice e giunge al legislatore¹⁴⁷. Se vogliamo, infatti, cogliere il sistema di accentramento nell'area anglosassone non dobbiamo analizzare solamente l'evoluzione del sistema-Stato nell'età moderna, né la semplice affermazione di una legislazione statuale, bensì il lento ma continuo e inesorabile processo di accentramento della competenza delle corti regie in ambito giurisdizionale¹⁴⁸. I giuristi inglesi distinguono infatti una *real property* da una *personal property* a cui corrispondono due relative azioni. Se con la *real action* è possibile intentare il recupero del bene, attraverso la *personal action* si agisce in giudizio per ottenere un risarcimento del danno oppure una forma di *restitutio* che non

attraverso il principio del *numerus clausus*, nel secondo ordinamento l'originaria struttura dei rapporti feudali è sopravvissuta e si è integrata con una nuova serie di norme e di interessi giuridicamente tutelati e la divisione tra diritti reali e diritti personali risulta superflua o, addirittura, impraticabile. Di conseguenza nel *civil law*, il proprietario si trova nell'impossibilità di separare secondo il suo diritto in poteri di vario genere e di alienare una parte di essi singolarmente: solo la titolarità completa dei poteri contenuti nella proprietà può essere trasferita senza alcuna frammentazione o scorporamento. Quest'ultima prerogativa, invece, rappresenta l'elemento maggiormente caratterizzante della *property*. Sul tema cfr. R. PRELATI, *Real property e proprietà fondiaria*, cit., p. 25-28 e 75.

¹⁴⁵ Nel sistema di *common law* ci si imbatte nell'inscindibilità del pensiero giuridico e del potere giurisdizionale. In altre parole il momento processuale non è un mero strumento di accertamento di una situazione giuridica o il semplice mezzo di tutela di istanze soggettive: esso costituisce al pari della legislazione l'elemento essenziale per la definizione dei contenuti del diritto. La peculiarità del sistema processuale negli ordinamenti nei quali vige il *common law* è la conseguenza logica di un modo di pensare atavicamente radicato in quel tipico contesto culturale; sul tema cfr. R. POUND, *Lo spirito della common law*, trad. it., Milano 1970, p. 5 e ss.

¹⁴⁶ R. PRELATI, *Real property e proprietà fondiaria*, cit. p. 100-101

¹⁴⁷ F. DE SIMONE, *Introduzione allo studio dei sistemi giuridici*, cit., p. 125.

¹⁴⁸ Per acquisire il titolo di agire in giudizio presso una delle corti regie è necessario ottenere un *writ*, ossia l'avocazione alla lite da parte del cancelliere del re il quale valuta la fondatezza della richiesta. L'osmosi delle cause dalle corte locali a quelle centrali produce un aumento esponenziale dei *writs*. Essi, tuttavia, sono pur sempre domande giudiziali particolari ed eccezionali; accanto ai *writs*, infatti, nascono le cosiddette *forms of action*, il cui valore è invece di carattere generale per la tutela di una predeterminata categoria di interessi. Sul tema cfr. F. DE SIMONE, *Introduzione allo studio dei sistemi giuridici*, cit., p. 106.

coinvolga il patrimonio del convenuto¹⁴⁹. La distinzione, pertanto, non riguarda né la natura dei soggetti, né la natura dell'oggetto, bensì il fine che l'azione può produrre¹⁵⁰. Non ci troviamo di fronte alla classica separazione romanistica tra diritti *erga omnes* e diritti personali: la rilevanza giuridica della pretesa va ricercata soltanto nell'interesse dell'individuo che pone in essere l'*actio*. Se dunque affiora, in primo luogo, la centralità dell'individuo come centro di interessi inviolabili, esso viene razionalmente inquadrato in una serie di doveri e obblighi che lo vincolano nelle relazioni interpersonali¹⁵¹. È dunque nei rapporti orizzontali, prima ancora che in quelli verticali che l'individuo si trova di fronte ad un sistema normativo rigidamente posto. Nonostante ciò, la compenetrazione di elementi differenti nella formazione dell'ordinamento giuridico e della concezione del diritto fanno scaturire una serie di mitigazioni e di armonizzazioni che rendono fluido ed equilibrato l'intero sistema. L'orizzontalità "secca" dei rapporti bilaterali viene temperata dal retaggio della concezione feudale; la verticalità tra il potere sovrano e il suddito viene a sua volta attenuata dall'individualismo radicale di matrice nominalista e dall'influsso del pensiero riformista che fa dipendere ogni effetto giuridico da una manifestazione individuale di volontà, in netto contrasto con la rigidità dei rapporti presente nella società medievale¹⁵². La razionalizzazione del sistema giuridico non riguarda, *prima facie*, l'aspetto della sovranità generale, ma la sfera individuale e particolare dei singoli. Per quanto attiene ai rapporti individuali, di conseguenza, il diritto feudale si fonde col razionalismo del sistema filosofico hobbesiano. Se in un sistema giuridico di tradizione romanistica nelle transazioni giuridiche la volontà delle parti è

¹⁴⁹ La *personal action* può consistere nella attuazione non solo di una "dare" ma anche di un "fare" da parte del convenuto; cfr. U. MATTEI, *Il diritto anglo-americano*, cit., p. 328 e ss.

¹⁵⁰ Nonostante ciò, non va dimenticato che le norme previste per il settore immobiliare si differenziano da quelle relative ai beni mobili sia per questioni di diritto sostanziale, sia per le modalità con le quali si sono sviluppate. Tuttavia, tale divario non risulta come elemento decisivo per verificare i due tipi di tutela giurisprudenziale summenzionati, né corrispondono ad aree giuridiche del tutto separate. Cfr. R. PRELATI, *Real property e proprietà fondiaria*, cit., p. 32.

¹⁵¹ L'individualismo è stato spesso associato a concetto di *strict law*, ossia alla stretta interpretazione letterale delle norme. Pur essendo quest'ultimo un fenomeno storicamente marginale nell'evoluzione del sistema giuridico del *common law*, costituisce un sintomo di questa continua e costante serie di integrazioni e coesistenze non sempre pacifiche all'interno di un ordinamento fluido e complesso alle cui fondamenta giacciono elementi molto differenti, sia di natura giuridica, sia di carattere filosofico. Sul punto R. POUND, *Lo spirito della Common Law*, cit., p. 19

¹⁵² R. POUND, *Lo spirito della Common Law*, cit., p. 19 e 41;

l'elemento costitutivo e indispensabile, nel diritto feudale è la situazione fattuale, lo *status* e il rapporto nel quale un individuo si veniva a trovare a determinare obblighi e diritti¹⁵³. Mentre nel rapporto col sovrano nascono diritti inviolabili non codificati, nei rapporti interpersonali prevale un razionalismo che vede i rapporti sociali come una realtà data. In entrambi i casi è, tuttavia, la concezione della libertà individuale che costituisce il comune denominatore dell'intera legislazione¹⁵⁴.

Ma l'influenza della concezione giurisdizionale diventa centrale soprattutto se si prende in esame un altro aspetto capitale: nel sistema feudale la proprietà fornisce al proprietario il potere di *ius dicere* nelle controversie sorgenti tra tutti coloro che, a vario titolo, sono legati al fondo¹⁵⁵. In questo contesto che vede unito proprietà e sovranità, la titolarità di un diritto e il potere di stabilire i titolari di un diritto, l'esistenza di un monarca e di corti, centralizzate o locali, costituiscono la vera "anomalia". Da questa intersezione tra due strutture ordinamentali differenti nasce e si sviluppa, quindi, la concezione della proprietà moderna. La "confusione" tra sovranità e proprietà in realtà svela un momento fondante della concezione ordinamentale anglosassone¹⁵⁶. La sovranità e la proprietà si identificano, *in primis*, in una stessa figura. Il *Lord* e il "re" sono proprietari e sovrani¹⁵⁷. Finché la struttura è unitaria, la proprietà è soggetta a limiti essendo essa una pratica di governo, una forma di gestione di un potere politico-sociale diffuso. Quando la società muta, gli obblighi del signore diventano gli obblighi dello Stato che riconosce i sudditi come proprietari. Ciò che in un sistema di tipo feudale diventa oggetto di relazioni di tipo personale, in un contesto economico-sociale fondato su basi differenti e di fronte ad un potere sovrano organizzato in maniera centralizzata si trasforma in un

¹⁵³ In questa analisi appare in controluce la riflessione di Maine sul passaggio dallo *status* al contratto come carattere essenziale per il raggiungimento di uno stadio dell'evoluzione giuridica più elevato. Cfr. H. S. MAINE, *Ancient Law*, ed. London- New York 1965, p. 77 e ss.

¹⁵⁴ R. POUND, *Lo spirito della Common Law*, cit., p. 35

¹⁵⁵ U. MATTEI, *Il modello di Common Law*, cit., p. 4 e ss.

¹⁵⁶ La definizione è di Roscoe Pound che fa risalire il manifestarsi di tale fenomeno alla dichiarazione della *Magna Charta libertatum*; cfr. R. POUND, *Lo spirito della Common Law*, cit., p. 25 e ss.

¹⁵⁷ A riguardo si può distinguere una sovranità "esterna", che è quella dello Stato, espressione di una volontà autonoma e arbitraria; una sovranità "interna" esercitata dal signore, limitata razionalmente e attualmente. Il *common law*, con l'affermazione dello Stato moderno, mira a mitigare, come vedremo, la volontà della prima forma di potere sovrano con il principio della "supremazia della legge". Cfr. R. POUND, *Lo spirito della Common Law*, cit. p. 71

semplice rapporto tra individuo e bene, completamente slegato da forme di subordinazione tra soggetti titolari di *status* diversi. Il proprietario diventa titolare di un *estate*, diritto libero da qualsiasi vincolo, alienabile e trasferibile nonché tutelato da una autonoma pretesa giurisdizionale¹⁵⁸.

Il processo di razionalizzazione, d'altro canto, invade anche lo spazio pubblico e il riconoscimento della proprietà costituisce un dato, così come gli obblighi e i diritti dei singoli nei rapporti interpersonali sono considerati già dati, non bisognosi di un riconoscimento positivo. La *property* si fa carico di una pluralità di interessi derivanti da una moltitudine di pretese, riconoscendo ad ogni individuo la medesima forma di rimedio giurisdizionale¹⁵⁹. Il principio del *rule of law*, sviluppatosi attorno alla giurisprudenza del *King's Bench*, stabilisce che a qualsiasi soggetto, investito di una carica pubblica, si applicano le stesse leggi valide per i privati cittadini. Mediante esso, dunque, il diritto privato assorbe la dimensione pubblica, la *property* si pone al di sopra della sovranità statale¹⁶⁰. Il principio del *rule of law*, inoltre, da un lato tutela la continuità tra il diritto della tradizione giurisprudenziale e le norme positive, dall'altro garantisce il normale sviluppo di sistema politico-giuridico centralizzato e fondato sulla forza della legge¹⁶¹. Malgrado ciò, con la contrapposizione sovrano-suddito e Stato-individuo – che giunge al parossismo nella visione del Leviatano – la proprietà, oltre a rappresentare l'antica disciplina dei rapporti patrimoniali, diventa il necessario limite al potere statale nei confronti dei singoli. Se, dunque, in ambito giuridico la sopravvivenza del *property law* è il frutto di una naturale trasmissione di un coacervo di norme che sopravvive in un rinnovato contesto politico-istituzionale, in ambito filosofico il richiamo ad una dimensione velatamente giusnaturalista della proprietà privata diventa inevitabile¹⁶². La fusione del piano giuridico con la concezione teorica

¹⁵⁸ R. PRELATI, *Real property e proprietà fondiaria*, cit., p. 80.

¹⁵⁹ Le procedure di riparazione tipiche del diritto feudale, così come del resto avviene anche in ambito continentale, consentono di dare considerazione, in merito al diritto di proprietà, a più interessi convergenti sul medesimo oggetto. Questa pluralità di posizioni in riferimento ad un unico bene giuridico permane anche nello sviluppo successivo del *law of property*. Cfr. R. PRELATI, *Real property e proprietà fondiaria*, cit., p. 83.

¹⁶⁰ Ivi, p. 113.

¹⁶¹ Sulla "doppia funzione" del *rule of law*, cfr. M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo*, cit., p. 28.

¹⁶² È possibile scorgere in esso la compenetrazione tra l'origine germanica del giusnaturalismo che antepone il diritto, inteso come ricerca della giustizia, e il primato della

fornisce gioco forza i presupposti per la nascita di una “società di proprietari”. L’essere proprietari nel sistema anglosassone non rappresenta una semplice capacità, un diritto potenziale – così come vedremo configurarsi nei sistemi codificati sul modello francese – ma è il requisito indispensabile per poter esercitare ogni tipo di diritto, anche in ambito politico. Essere cittadino o suddito, in altre parole titolare di diritti o doveri nei confronti del sovrano, equivale ad essere proprietario.

La sottoposizione del sovrano statale alla legge presuppone, poi, che l’ente legislatore è vincolato ad essa. In un sistema nel quale esistono norme che precedono la legge positiva, dei *rights* che sono anteposti agli *statutes law*, una volta sanciti dal *common law*, una volta, cioè, che i diritti soggettivi trovano concreto ed effettivo riconoscimento nel diritto oggettivo del *case law*. Il *common law*, in altre parole, è il sistema il cui spirito predica la dottrina della limitazione di ogni potere sovrano nella sua funzione di *ius dicere*, il cui espletamento, a sua volta, avviene indipendentemente dal diritto positivo. La funzione di quest’ultimo, infatti, non è costitutiva, ma meramente dichiarativa, anche in merito ai diritti fondamentali.

La stratificazione logico-concettuale già rilevata nella filosofia politica lockiana è ugualmente riscontrabile nel sistema anglosassone, soprattutto se ci soffermiamo sul sistema delle fonti del diritto¹⁶³. In esso, infatti, si riscontra un’altra “piramide capovolta”: la gerarchia prevede al primo posto i *Judicial precedents*, l’intera successione della casistica giurisprudenziale integrata dalle norme dell’*equity*; ad un secondo livello gli *statutes law* e *acts of Parliament*, quelli che in un sistema continentale definiremo leggi in senso proprio; al terzo posto troviamo il *custom law*, il diritto consuetudinario, ed in ultimo i *books of authority*, le massime dei giuristi¹⁶⁴. Se si analizza a fondo l’ordine delle fonti si coglie questo graduale passaggio dal particolare all’universale, la cui radice filosofica, prima ancora che nel pensiero di Locke, va ricercata nel pensiero dei filosofi francescani del XIII e

volontà sovrana sancita nel sistema romano-bizantino; cfr. R. POUND, *Lo spirito della Common Law*, cit., p. 61

¹⁶³ È curioso rivelare la descrizione della stratificazione della realtà giuridica, diametralmente opposta, che Cesarini-Sforza, in una sua nota pubblicazione, compiva, contemplando davanti agli occhi un sistema normativo completamente diverso, ragionando inevitabilmente con strumenti logici appartenenti ad una cultura giuridica radicalmente differente da quella anglosassone. Cfr. W. CESARINI-SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano 1963, p. 21-25.

¹⁶⁴ Sulle fonti nel diritto inglese cfr. G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese*, Milano 1981, p. 44 e ss.

XIV secolo, ossia negli scritti di Duns Scoto e di Guglielmo di Ockham¹⁶⁵. Dal caso concreto alla legge generale scritta, dalla regola non scritta all'estrema astrazione dell'opera dei giuristi: il predominio della dimensione particolare porta, in un ordinamento giuridico siffatto, all'affermazione della proprietà come spazio del *proprium*, estremo e inviolabile baluardo della singolarità. Una singolarità bulimica che attrae verso di sé come un magnete le pretese, gli interessi e le richieste di tutela riguardanti lo spazio dell'*ego*, il cui patrimonio non è costituito soltanto da beni in senso giuridico-romanistico, ma da prestazioni, obblighi e doveri. La *property* costituisce, pertanto, un *corpus* unico che, per il giurista di scuola continentale, apparirebbe come un'intollerabile commistione tra diritti reali e diritti obbligatori, tra figure ed istituti giuridici completamente differenti per nozione e per disciplina giuridica. La "liquidità" della proprietà anglosassone consiste proprio in questo carattere¹⁶⁶:

¹⁶⁵ L'introduzione dell'elemento volontaristico e intenzionale nella disputa sugli universali costituisce un momento fondamentale per inoltrarsi in una lettura filosofica che tenga presente contemporaneamente, del modo di concepire il "reale" in ambito teoretico e il "diritto" in ambito giuridico. Se attraverso l'interpretazione di Duns Scoto, che cerca di risolvere il conflitto tra realismo e concettualismo radicale, si apre la strada ad una comprensione dell'universale che colloca quest'ultimo non più in una dimensione ontologica, ma che piuttosto lo definisce come una forma nell'intelletto, è con il pensiero di Guglielmo di Ockham che assistiamo ad una svolta decisiva. Per il filosofo inglese, gli universali sono segni concettuali. Attraverso la distinzione tra linguaggio mentale e linguaggio orale, Ockham riduce alcuni concetti, come "proprio", "specie", "genere" ed anche "universale" ad elementi del linguaggio della mente, riducendoli a funzioni conoscitive. L'ontologia di Ockham, infatti, può essere definita come un'ontologia aristotelica che ammette solo enti individuali, una serie infinita di "sostanze prime". Ad ogni astrazione intellettuale deve corrispondere una distinzione nell'essere. La mente, attraverso le cosiddette intenzioni prime, indica ogni "cosa singolare"; mediante le intenzioni seconde che corrispondono alle forme universali, racchiude più intenzioni prime in una sola proposizione. Il sistema filosofico di Ockham, insomma, pur considerando sul piano gnoseologico il ruolo degli universali, costruisce un'ontologia che valorizza radicalmente il particolarismo e l'individualità. Tuttavia, per quanto concerne il concetto di soggettività, non bisogna confondere tale visione con quella moderna di matrice cartesiana, ma bisogna ricondurre la concezione del filosofo inglese a quella di sostanza aristotelica, applicata però ai concetti di anima e intelletto. Soltanto dalla coesistenza di questa dimensione soggettiva e con l'individualismo liberale è possibile intraprendere una analisi filosofica di un concetto di diritto così complessa e variegata. Nell'opera di Locke, il tema degli universali assume un ruolo centrale soprattutto ne *An Essay concerning Human Understanding*. Egli, infatti afferma che "l'universale non appartiene alle cose, ma è soltanto nei segni" (J. LOCKE, *An Essay concerning Human Understanding*, ed. Cambridge 1931, III,3.11). La sua concezione, seppur con le dovute cautele, può essere letta, come l'espressione di una continuità che caratterizza il pensiero moderno inglese. Cfr. A. DE LIBERA, *Il problema degli universali da Platone alla fine del medioevo*, Scandicci 1999, p. 386-405; D. BUZZETTI, *Locke e la discussione sugli universali*, Bologna 1982, p. 215 e ss.

¹⁶⁶ S. RODOTÀ, *Proprietà: una parola controversa*, cit., p. 3-7.

modellare attorno a sé il più ampio numero possibile di situazioni giuridiche, di far ricadere nell'alveo del diritto privato la totalità della pretese individuali, a prescindere dai rapporti giuridici che stanno a capo delle stesse.

Feudalesimo, nominalismo e individualismo, costituiscono la prova di questa compenetrazione di elementi razionalistici e volontaristici dei rapporti giuridici. In tale composita costruzione la proprietà funge da anello di congiunzione tra il rapporto sudditi-sovrano e i rapporti tra individui¹⁶⁷. Mentre nel primo rapporto esso rappresenta un diritto assoluto presupposto alla normazione positiva, in adesione al razionalismo e determinismo feudale degli *status*, nelle relazioni interpersonali essa costituisce uno spazio aperto all'interno del quale vengono regolate una moltitudine di situazioni soggettive difficilmente riconducibili ad un'unica ed omogenea categoria giuridica¹⁶⁸. Da un lato, pertanto, assistiamo alla subordinazione dello Stato nell'esercizio del suo potere alla supremazia del *law*, dall'altro il *common law* medesimo subisce l'integrazione e il correttivo che l'*equity* e gli *statutes* apportano nel corso del naturale sviluppo storico dottrinario delle questioni giuridiche¹⁶⁹. La sottoposizione del potere statale, sia quello legislativo del Parlamento, sia quello giudiziario delle Corti, al *rule of law*, ad un diritto del tutto esterno e precedente all'ordinamento positivo è qualcosa di diverso da un semplice richiamo ad un qualsiasi giusnaturalismo¹⁷⁰. Ciò che, invece, caratterizza la supremazia della legge è proprio una resistenza e un'ostilità al giusnaturalismo e a qualunque forma di diritto astratto. La cosa può apparire a prima vista contraddittoria ma ciò è spiegabile se si considera tale aspetto: l'applicazione di tale principio, volto a garantire la razionalità del diritto, avviene in un contesto giurisdizionale dove il potere dei giudici è ben diverso dai sistemi continentali. Il momento giurisdizionale è un momento fondativo del

¹⁶⁷ R. POUND, *Lo spirito della Common Law*, cit., p. 27

¹⁶⁸ Nei rapporti sociali non va, certamente, sottovalutato il ruolo che la moneta svolge all'interno degli scambi commerciali, soprattutto se si considera l'evoluzione del sistema economico nell'epoca moderna. La diffusione della moneta scardina il sistema di obblighi e diritti, ma non del tutto. Lo Stato diviene il custode assoluto del primato e del monopolio formale della legge, nonché della produzione della moneta. Esso è il garante del libero e naturale trasferimento dei beni. Sul ruolo della moneta nel *law of property*, cfr. F.H. LAWSON, *Introduction to the Law of property*, London, 1957, p. 29-30.

¹⁶⁹ U. MATTEI, *Il modello di Common Law*, cit., p. 13 e ss.

¹⁷⁰ La dottrina della supremazia della legge è intesa questa volta come legge fondamentale o come diritto *tout court*, momento statico costante e immutabile dell'ordinamento giuridico, cardine dell'intero sistema. R. POUND, *Lo spirito della Common Law*, cit., p. 60 e 74.

diritto, tanto quanto i principi superiori e, ancor più, della legge del Parlamento. In questo *climax* discendente permanente risiede il rapporto di un sistema giuridico che di fatto non ha un momento applicativo, ma sempre un momento costitutivo. Anche i rapporti di proprietà, se consideriamo la fase del trasferimento di esso sono momenti costitutivi, non solo di un rapporto obbligatorio e di un effetto reale, ma una continua fondazione di essa. La proprietà non costituisce un mero principio astratto, ma una concreta situazione giuridica di volta in volta riscontrabile empiricamente con una pronuncia giudiziale. La *property* è un flusso continuo che ha sempre per protagonisti soggetti piuttosto che beni; il proprietario prevale sempre sulla proprietà.

Mentre il *rule of law* segna il confine del ragionamento giuridico, l'ultimo orizzonte che l'attività del legislatore e del giudice non può assolutamente oltrepassare, l'*equity* ha invece il compito di estendere il territorio del diritto di fronte al mutamento della vita economica e sociale del vivere collettivo, laddove nuove esigenze e nuove figure meritevoli di tutela necessitano di una qualificazione che sia in armonia con il *corpus* del *common law*¹⁷¹. La sua applicazione risulta particolarmente rilevante nell'ambito del *law of property* e affonda radici molto remote. Mentre, infatti, la *real property* nasce in epoca più antica attorno alla nozione di *estate*, ossia al rapporto di vassallaggio tra il *Lord* e il *Tenant* nel contesto economico-feudale¹⁷², ed è improntata alla tutela di interessi di natura fondiaria, la *personal property* si sviluppa sulle *choses in possession* o sulle *choses in action*¹⁷³. Tuttavia, attraverso la costante e assidua applicazione

¹⁷¹ È bene precisare che l'*equity* non può essere identificata con l'equità. In origine senz'altro fu essa stessa in grado di far nascere tale ulteriore fonte del diritto anglosassone. In tempi moderni, tuttavia, l'*equity* rappresenta un vero e proprio corpo di norme che integrano, come gli *statutes* e gli *acts*, ma ad un livello diverso l'intero sistema giuridico. Sul tema cfr. G. CRISCUOLI, cit. p. 161 e ss.

¹⁷² Il "re", da Guglielmo I in poi (1066), è considerato il proprietario di tutte le terre. I *Lords* detengono il *tenure*, cioè un potere derivato dal rapporto di vassallaggio con il sovrano stesso. Nella gerarchia sociale il "re" è sempre *Lord*. Dal momento che può soltanto cedere ad un *Tenant* i poteri su un determinato terreno. Il *Tenant*, sub-concedendo, "diventa" a sua volta *Lord* e cede il *tenure* ad un altro soggetto. La disciplina della *real property* nel suo originario sviluppo può essere tranquillamente equiparata al rapporto tra dominio diretto e dominio utile che ha caratterizzato il sistema feudale continentale. Sul meccanismo dei trasferimenti del *tenure* cfr. LUPOI, *Real property e proprietà fondiaria* cit. p. 5 e ss. Su dominio diretto e dominio utile cfr. P. GROSSI, *Il dominio e le cose*, cit. p. 450 e ss. Sulla nozione di *estate* cfr. U. MATTEI, *Il diritto anglo-americano*, p. 329.

¹⁷³ Per *choses in possession* vengono considerati quei beni su cui un determinato soggetto esercita un controllo o trae godimento materiale. Nei *choses in action* sono invece contemplati i titoli di credito o qualunque diritto documentale; cfr. U. MATTEI, *Il diritto anglo-americano*, p. 332.

dell'*equity* nella rilevazione dei casi assimilabili al regime proprietario, è proprio sul più remoto dei due modelli di possesso che si innestano nuove figure e istituti. L'esempio più eclatante a riguardo è costituito dal contratto di locazione: esso, grazie allo sviluppo di nuovi *uses* affianco alla vecchia nozione di *estate*, rientra a pieno titolo nella *real property* tanto da consentire all'inquilino il recupero del bene nel caso di esperimento della rispettiva azione giudiziaria¹⁷⁴.

La *property*, dunque, diventa, come detto, il campo magnetico dell'ordinamento giuridico, il centro di raccolta delle istanze giuridiche più disparate, un concetto "aperto" all'infinito per la comprensione di una sempre rinnovata serie di eventuali interessi o diritti. Si può enfaticamente affermare che per riconoscere un qualsiasi interesse individuale l'unica concreta espressione giuridicamente possibile è il ricorso allo schema del diritto di proprietà¹⁷⁵. La comprensione all'interno dei confini proprietari di una così vasta tipologia di interessi rende necessaria una breve riflessione sull'aspetto della temporalità e quello dell'assolutezza in merito ai diritti riconosciuti nell'alveo della *property*¹⁷⁶. All'interno di una situazione proprietaria, infatti, il susseguirsi e il moltiplicarsi di posizioni legittime, genera, in primo luogo, una divisione delle pretese e dei poteri che eliminano definitivamente qualunque possibilità di concepire la *property* mediante i caratteri della pienezza e dell'esclusività¹⁷⁷. Pretese e poteri che diventano del tutto autonomi e indipendenti, tanto da poter essere a loro volta individualmente trasferiti ad altri soggetti. In secondo luogo, poi, il continuo costituirsi di un novero sempre crescente di nuove situazioni giuridicamente rilevanti attorno ad un medesimo bene o rapporto, rende perpetuamente mutevoli le posizioni dei singoli. In altre parole, la *property* è un territorio scosso da continui movimenti, sia da un punto di vista sincronico, sia da un punto di vista diacronico.

La negazione dell'*equity*, alla luce di ciò, porterebbe ad una visione radicalmente individualista della proprietà. La condotta antisociale di un proprietario, ad esempio, se avvenisse nell'esercizio legittimo del suo diritto di proprietà, non sarebbe sanzionabile senza il correttivo da essa apportato, essendo la proprietà il *prius* di qualsiasi

¹⁷⁴ U. MATTEI, *Il diritto anglo-americano*, p. 331.

¹⁷⁵ La natura aperta di gran parte dei principi che stanno a fondamento del diritto di proprietà fa sì che il concetto e la norma di proprietà si identificano, all'interno di una complessa disciplina che rende il fenomeno proprietario onnicomprensivo e ubiquitario. Cfr. R. PRELATI, *Real property e proprietà fondiaria*, cit., 108-109.

¹⁷⁶ Ivi, p. 84-89.

¹⁷⁷ Ivi, p. 91.

rapporto giuridico¹⁷⁸. Le questioni inerenti alla proprietà, infatti, non riguardano mai i rapporti con gli altri diritti. Il possibile conflitto tra la proprietà ed altre situazioni soggettive si risolve, qualora esistesse, sempre a vantaggio della prima data la sua natura pre-ordinata all'ordinamento legislativo. Ma l'esistenza di interessi eterogenei e concorrenziali riferibili in qualche maniera all'area proprietaria, rende, nella pratica, improbabile una circostanza del genere¹⁷⁹. L'*equity*, in tale contesto, svolge questo irrinunciabile ruolo di adeguamento, dal momento che essa non rispecchia concettualmente l'*aequitas* di ispirazione romanistica e non si riduce alla semplice idea di *proportio*: il suo compito è quello di spingere alla mitezza e alla moderazione, andando quasi a costituire un modello di *phronesis* applicata al sistema giuridico¹⁸⁰. Il ruolo determinante che tale fonte del diritto svolge chiarisce definitivamente il fatto che la *property*, pur garantendo la totalità degli interessi individuali, non costituisce affatto un fenomeno separato o asettico alle vicende complessive del vivere sociale¹⁸¹. La proprietà appare, contemporaneamente, come un'istituzione giuridica e una pratica sociale, alla cui formazione, in un contesto politico-economico moderno, funge da solido supporto l'impianto etico liberale di matrice lockiana. Il suo ruolo è, a un tempo, fondativo e organizzativo dell'intero ordinamento nel cui ambito sono compresi elementi di varia origine, mutevoli nel tempo e nello spazio, estendibili, senza limiti, a contenuti giuridici di volta in volta nuovi¹⁸². L'*equity*, in definitiva, offre quello spazio normativo adeguato affinché il sistema incorpori in sé quegli interessi che reclamano tutela: attraverso essa è possibile individuare e valorizzare un numero infinito di situazioni soggettive inerenti al godimento dei beni ed allo sfruttamento della ricchezza. Se in un primo tempo – soprattutto quando rimane esclusiva prerogativa della *Court of Chancery* – assume un ruolo supplementare, essa diventa man mano espressione di quei principi di ragionevolezza e buona fede indispensabili per adeguare l'applicazione della legge al caso concreto¹⁸³. Alla luce di questa virtuosa dialettica, possiamo affermare che mentre il *common law* va a costituire ciò che in ambito

¹⁷⁸ R. POUND, *Lo spirito della Common Law*, cit. p. 40

¹⁷⁹ R. PRELATI, *Real property e proprietà fondiaria*, cit., p. 60.

¹⁸⁰ G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese*, cit., p. 164

¹⁸¹ R. PRELATI, *Real property e proprietà fondiaria*, cit., p. 63.

¹⁸² Sull'idea organizzativa e sulla duttilità del diritto di proprietà cfr. R. PRELATI, *Real property e proprietà fondiaria*, cit., p. 102-109.

¹⁸³ Non a caso la *Court of Chancery* è stata anche definita una "corte di coscienza". Sul tema cfr. R. PRELATI, *Real property e proprietà fondiaria*, cit. p. 67-68.

continentale può essere definito come il diritto pubblico – senza dimenticare il ruolo del *rule of law* e la “privatizzazione” di qualsiasi interesse collettivo - e tende a tutelare questioni di natura materiale, l'*equity* rappresenta il corrispettivo dell'area privatistica e mostra maggiore attenzione per il danno morale¹⁸⁴. Il *common law* si occupa degli aspetti di natura economico-sociale, l'*equity* analizza il profilo etico-giuridico delle relazioni umane¹⁸⁵. Grazie, soprattutto all'inglobamento della *real property* nella sfera di competenza dell'*equity*, queste figure giuridiche vengono poste sotto l'egida di un ventaglio di garanzie giurisprudenziali che mai potrebbero ricevere mediante l'applicazione rigida del *common law* tradizionale. La capacità dell'*equity* di “leggere” il particolare e di scovare le peculiarità dei singoli casi concreti è la causa principale di questo progressivo assorbimento delle questioni possessorie di maggior rilievo¹⁸⁶. Anzi, equiparando la posizione dei titolari degli interessi emergenti a quella dei proprietari, fornisce il presupposto per la nascita di una “doppia proprietà”, una regolata dal *law*, l'altra “creata” dall'*equity*¹⁸⁷.

Per quanto concerne il ruolo degli *statutes*, il discorso appare più complesso. Sebbene, infatti, esista un'enfatica quanto vacua dichiarazione in una serie di atti legislativi di grande importanza, la credenza nella legge – di ispirazione prevalentemente puritana – è accompagnata da una visione fortemente libertaria e individualista che concepisce un intervento minimo e marginale nelle questioni giuridiche¹⁸⁸. A questo si aggiunge il fatto che lo *statute law* è subordinato al *case law*: la norma statuale una volta promulgata rimane sospesa in attesa di una prima applicazione giurisprudenziale, andando così a costituire una sorta di *ratio decidendi* possibile per il giudice che non è affatto vincolato al ricorso ad essa¹⁸⁹. Gli *statutes*, in altre parole, si inseriscono nell'immenso materiale del *case law*, o per derogare eccezionalmente ad esso, o per offrire, così come l'*equity*, ma in maniera molto più rara e complicata, uno strumento ausiliario

¹⁸⁴ F. DE SIMONE, *Introduzione allo studio dei sistemi giuridici*, cit., 113-114.

¹⁸⁵ Su un piano meramente giuridico-procedurale è possibile, in verità, individuare delle sfere di competenza ben determinate tra il *common law* e l'*equity*. Al primo appartengono le liti relative ai contratti e la responsabilità civile, alla seconda la *real property*, i *trusts*, il fallimento e le questioni testamentarie. Cfr. F. DE SIMONE, *Introduzione allo studio dei sistemi giuridici*, cit., p. 120

¹⁸⁶ R. PRELATI, *Real property e proprietà fondiaria*, cit., p. 67-71.

¹⁸⁷ Sul concetto di “doppia proprietà” cfr. Ivi, p. 73.

¹⁸⁸ R. POUND, *Lo spirito della Common Law*, cit., p. 43 e ss.

¹⁸⁹ U. MATTEI, *Il modello di Common Law*, cit., p. 135-139

per rimediare alle mutazioni della vita reale, per adeguare le strutture giuridiche all'evoluzione dell'esistenza comune. L'*equity*, infatti, rappresenta il custode della dimensione morale di un diritto che si secolarizza e si concretizza nel *case Law* e dunque nei precedenti giurisprudenziali¹⁹⁰. Mentre quest'ultima per così dire agisce "a monte", gli *statutes*, volti ad una sofisticata opera di perfezionamento e deroga alle norme generali, si pongono "a valle". Mentre l'*equity*, in definitiva, precede e prevale sul *Common Law*, le leggi scritte modificano il sistema solo in via ipotetica e incidentale. Il potere sovrano è dunque sottoposto ad un doppio veto: quello "morale" dell'*equity* e quello "giuridico" del *law*. Ed è proprio questo momento giuridico l'elemento fondante della *property*, ed è proprio in tale spazio vitale che il proprietario è vincolato all'*equity*, ad una serie di principi etici che costituisce, secondo una suggestiva definizione, il *corpus* di una sorta di *ius naturalis*¹⁹¹. L'*equity* e gli *statutes* sono, per utilizzare una formula ormai nota nell'ambito della cultura anglosassone, gli *addenda* e gli *errata corrige* del *common law*¹⁹².

Alla luce della ricostruzione fatta, la *property*, nel sistema giuridica del *common law*, risulta essere un istituto giuridico, complesso e polifunzionale, la cui matrice sociale è fortemente sentita e costantemente manifestata. Pensare alla proprietà in un siffatto ordinamento, tuttavia, come ad una semplice relazione tra persone e beni o come ad un mero criterio di distribuzione di attributi e poteri appare riduttivo e fuorviante. La *property* tiene conto, in verità di tutti e due gli elementi, senza che dalla loro coesistenza e dalla dialettica che da essi può derivare scaturiscano insanabili conflitti o insuperabili aporie di natura metodologica. I punti focali del diritto di proprietà sono dunque due: la pluralità degli interessi individuali che possono essere individuati e garantiti; l'insieme dei meccanismi di rilevazione

¹⁹⁰ L'*equity* rivela ancora una volta la doppia natura, apparentemente contraddittoria della cultura filosofico-giuridica d'oltremania. Attraverso essa da un lato si tiene viva, in quella stratificazione normativo-concettuale, la dimensione sacra ed etica dei principi primi, dall'altro questi stessi fondamenti vengono inscindibilmente legati alla fonte primaria del diritto, ossia il *case law*, la spina dorsale del *common law*. Cfr. G. CRISCUOLI, cit., p. 163.

¹⁹¹ Maine afferma "(equity) a body of comparatively novel legal principles claiming to override the older jurisprudence of the country on the strength of an intrinsic ethical superiority" (T.S. MAINE, *Ancient Law*, cit. p. 26).

¹⁹² Per quanto concerne l'*equity* l'espressione è di Maitland; egli infatti scrive: "To think of equity as supplementary law, a sort of appendix added on to our code, or a sort of gloss written round our code" (F. W. MAITLAND, *Equity*, ed. Littleton, 1984, p. 17; vedi sul tema G. CRISCUOLI, cit. p. 161-63. Per quanto invece gli *statutes law* e Geldart a parafrasare l'espressione di Maitland; R. GELDART, *Elements of English Law*, London, 1911, p. 2; sul tema cfr. U. MATTEI, *Il modello Common Law*, cit., p. 137.

e dei mezzi di tutela disponibili all'interno di un sistema di norme composito e aperto¹⁹³. L'intera disciplina proprietaria e lo spazio giuridico da essa occupata si pongono ad uno stadio superiore rispetto all'esercizio del potere sovrano che risulta, a sua volta, inevitabilmente limitato nonché vincolato al rispetto dei principi e delle norme che rientrano nel contenitore sempre in espansione del *property law*.

¹⁹³ R. PRELATI, *Real property e proprietà fondiaria*, cit., p. 107 e 111-116.

2. La *propriété* nella codificazione francese

Con la promulgazione del *Code civil* del 1804, l'ordinamento giuridico francese conia una nozione di proprietà che rappresenta un vero e proprio spartiacque, sia da un punto di vista meramente legislativo, sia da una visuale più strettamente dottrinale, nell'ambito della disciplina proprietaria, soprattutto nell'area del diritto continentale e nei paesi nei quali il modello della codificazione ha fatto breccia. L'articolo 544 del *Code* recita così: « La proprietà è il diritto di godere e disporre dei beni nella maniera più assoluta, purché non se ne faccia un uso proibito dalle leggi e dai regolamenti ».

La proprietà costituisce, accanto al contratto, uno dei due perni su cui poggia l'intera architettura della codificazione francese. Entrambi, in misura minore o maggiore, assecondano contemporaneamente l'esigenza di sistematicità e di razionalizzazione dell'insieme delle norme che regolano la materia civile nonché l'espressione della libera volontà negli individui nella esplicazione dei propri poteri e nelle relazioni di natura economico-giuridica¹⁹⁴. La proprietà, in particolare, diventa il fondamento pratico, la base di partenza indispensabile affinché risulti possibile l'esercizio di qualsiasi diritto soggettivo.

Una prima questione da affrontare è quella relativa alla paternità di questa formulazione, della sua presunta discendenza dalla tradizione romanistica o della sua originale derivazione dal pensiero giusfilosofico moderno. Seppur rimangono, a riguardo, piuttosto forti le divisioni in dottrina, si può senza dubbio affermare che il dogma della “resurrezione” della proprietà romana nel *Code* è decisamente tramontato¹⁹⁵. La questione della *propriété* è ben più complessa e

¹⁹⁴ Cfr. A. J. ARNAUD, *Le origini dottrinali del codice civile francese*, trad.it, Napoli 2005 p. 230 e ss.

¹⁹⁵ In sede storica un tentativo di confrontare in maniera approfondita le fonti e i concetti del diritto romano con la formulazione codicistica e più in generale con la nozione moderna di diritto soggettivo è stato compiuto sia da Michel Villey sia dal suo allievo André-Jean Arnaud. (cfr. M. VILLEY, *Le “ius in re” du droit romain classique au droit moderne*, in *Conférences faites à l'Institut de droit romain en 1947*, Paris 1950; A. J. ARNAUD, *Le origini dottrinali del codice civile francese*, cit., p. 239-245). Il risultato di questa operazione scientifica ha portato i due autori alla conclusione che tra la tradizione giuridica romana e la codificazione francese, soprattutto in materia di proprietà, il legame è insostenibile. Del resto c'è chi ha, in Italia, autorevolmente criticato questa ricerca sostenendo che l'idea medesima di un confronto volto a scovare elementi di contatto tra mondi concettuali così distanti appare del tutto fatua e inadeguata. In particolare Paolo Grossi così scrive a riguardo: « La scelta di assumere il diritto soggettivo come idea-guida per ripercorrere l'itinerario del pensiero giuridico romano, medievale e moderno pecca

necessita di una riflessione, non solo di natura storica o genealogica, ma, innanzitutto, di natura teorica. Senza, infatti, addentrarsi nei meandri della storiografia giuridica alla ricerca di definizioni dei giuristi classici o di qualche formulazione nella matassa intricata del Digesto o qualsiasi altra fonte del diritto romano, appare *prima facie* arduo un paragone tra il *dominium* – il cui sviluppo, sebbene dilatato in un susseguirsi di epoche storiche radicalmente diverse, avviene comunque in un contesto socio-giuridico nel quale gli individui posseggono *status* rigidamente differenti (si pensi al rapporto *liber-servus* oppure a quello *pater-filius*) – e la *propriété*, il cui istituto si innesta in un contesto giuridico-ordinamentale nel quale ad ogni individuo è riconosciuta la capacità giuridica alla nascita e, successivamente, una pari capacità di agire. Se anche, dunque, vi fosse una qualche affinità tra i due concetti, la diversa contestualizzazione spazio-temporale e il differente sistema giuridico nel quale sono introdotti portano ad una distinzione sostanziale difficilmente non rilevabile¹⁹⁶. Del diritto romano, pertanto, è possibile scorgere il linguaggio, ma lo spirito che muove il diritto di proprietà va ricercato in altri luoghi del pensiero filosofico e giuridico¹⁹⁷.

Un secondo punto da chiarire con forza concerne la definizione di “diritto” riguardo alla proprietà e al contenuto ad esso ascrivibile. Il diritto soggettivo, nel tentativo di individuare una linea di continuità tra il diritto romano e il diritto moderno, viene sciaguratamente identificato con il concetto classico di *facultas*¹⁹⁸: tale connubio genera una separazione netta tra il potere del proprietario e l’azione a

d’ingenuità e la guida rischia di divenire fuorviante...lo *ius* di Bartolo non ha né può avere nulla a che fare con il diritto soggettivo come lo intendono i moderni...» (P. GROSSI, *Un paradiso per Pothier*, cit., p. 431). In ultimo va comunque considerato il fatto che la divisione in dottrina tra le due posizioni, ossia tra i sostenitori della derivazione romanistica della *propriété* e i suoi detrattori, ha risentito, nel corso degli anni delle implicazioni politiche che spesso hanno determinato o quanto meno influenzato le interpretazioni più radicali. Sul tema cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna 1990, p. 78-81.

¹⁹⁶ L’inconciliabilità tra i due sistemi è ampiamente dimostrata nel già citato testo di Villey (M. VILLEY, *Le “ius in re” du droit romain classique au droit moderne*, cit., p. 193, 205 e 213); cfr. A. J. ARNAUD, *Le origini dottrinali del codice civile francese*, cit., p.241.

¹⁹⁷ In sede di ricostruzione storica appare difficile far risalire, così come Villey afferma, ad Ockham la formulazione del diritto di proprietà come diritto individuale e assoluto. L’opera del filosofo inglese, a nostro parere non può che essere letta nell’alveo di un altro contesto filosofico-giuridico, lontano dall’evoluzione del pensiero giuridico continentale. Cfr. *supra* nota 29; M. VILLEY, *Leçons*, Paris ed. 1957, p. 189, 193 e 217; A. J. ARNAUD, *Le origini dottrinali del codice civile francese*, cit., p. 239 e 250.

¹⁹⁸ La definizione dell’identità tra diritto soggettivo e *facultas* è di Delusseau. Sul tema cfr. A. J. ARNAUD, *Le origini dottrinali del codice civile francese*, cit., p. 244 e ss.

questo spettante in caso di violazione del suo diritto. Il diritto e l'azione, in altre parole, a differenza di quanto visto nell'ambito del *Common Law* e di quanto riscontrabile nella tradizione del diritto romano classico, si dividono in due pretese, seppur consequenziali, autonome l'una dall'altra e regolate da norme appartenenti a sezioni diverse del Codice stesso. La proprietà non si identifica con la cosa, ma è piuttosto riflesso di una situazione giuridica più complessa¹⁹⁹. Questa interpretazione è causa e, a un tempo, effetto di ulteriori "equivoci" che caratterizzano la formazione dottrinale del modello proprietario francese.

La proprietà è, inoltre, considerata principalmente come un diritto esclusivo di godimento: ciò che prima appartiene frammentariamente ad una pluralità di soggetti, il *Code* lo concentrerebbe in un unico titolare²⁰⁰. La *propriété* viene pertanto concepita come la fusione di diritti, o per meglio dire di pretese, che nel diritto medievale formano figure o istituti indipendenti²⁰¹.

Chiarite tali questioni torniamo alla formulazione dell'art. 544: ad una lettura più attenta ci accorgiamo che l'analisi può essere divisa in due nuclei fondamentali: il primo è costituito dall'assolutezza del diritto, il secondo dai limiti al suo esercizio. Appare utile, a questo punto, delineare il contenuto effettivo del diritto proprietario attraverso una lettura contestuale dei due dettati, senza cadere nell'eccesso feticista delle interpretazioni esegetiche della prima metà del XIX secolo, ma senza, al tempo stesso, forzare i vincoli ai cui il soggetto è sottoposto dalla legislazione codicista²⁰². Tra una visione "individualista", che estende a dismisura le prerogative proprietarie anche oltre il dettato del *Code*, ed una per così dire "statualista"²⁰³, che invece pone l'accento sulla subordinazione della *propriété* alla *loi*

¹⁹⁹ A. CANDIAN, *Propriété*, in *Property. Propriété. Eigentum. Corso di diritto privato comparato*, Padova 1992, p. 193.

²⁰⁰ Già nella concezione di Domat il diritto di proprietà concede al proprietario il diritto di avere in godimento ciò che possiede, per servirsene, goderne e disporne. (J. DOMAT, *Loix civiles*, I, 1, 7, prelim., Paris 1689). Cfr. A. J. ARNAUD, *Le origini dottrinali del codice civile francese*, cit., 246.

²⁰¹ Nelle *Institution* di Fleury e Argon viene menzionata una proprietà diretta e utile a un tempo accanto agli altri tre diritti reali riconosciuti, ossia il possesso, la servitù e la rendita fondiaria. È con Pothier che vi è la prima "somma" di attributi (l'*usus*, il *fructus* e l'*abusus*) che formano una prima forma di *dominium* unificato. Sul tema cfr. A. J. ARNAUD, *Le origini dottrinali del codice civile francese*, cit., p. 247 e ss.

²⁰² Si è parlato in tal senso di un preciso orientamento del legislatore del 1804. Il code promuoverebbe, in altre parole, un esercizio "dinamico della proprietà" per scongiurare un esercizio "letargico, irrazionale e parassitario"; cfr. P. CARONI, *Le lezioni catalane*, in *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano 1998, p. 72.

²⁰³ P. CARONI, *Le lezioni catalane*, cit., p.75-76.

cogliendo in essa l'espressione della funzione sociale che il diritto proprietario deve necessariamente svolgere, cercheremo di imboccare una terza via interpretativa che definiremo "separatista". In altre parole dimostreremo che la codificazione rappresenta il momento di massima separazione tra il diritto pubblico e il diritto privato, la massima manifestazione di quel linguaggio disgiuntivo che caratterizza il pensiero giuridico moderno. In tale contesto, la proprietà rimane del tutto disancorata dalle altre norme del sistema e trova la sua forza e il suo limite solo nella fonte legislativa che la definisce.

Una prima considerazione da fare è la seguente: l'unificazione del diritto francese che il Codice realizza è il frutto di dinamiche storico-giuridiche complesse che in questa sede non è possibile né utile ricostruire²⁰⁴. Ciò che a noi invece appare indispensabile è mettere in luce alcuni elementi chiave che ci forniscano gli strumenti ermeneutici necessari per portare avanti la nostra riflessione. Tradizionalmente si afferma che il metodo per la codificazione deriverebbe dall'opera di Domat, il contenuto del *Code* sarebbe invece il risultato dell'elaborazione teorica di Pothier²⁰⁵.

L'obiettivo non celato dell'autore de *Les Loix civiles dans leur ordre naturel* è quello di mettere in ordine razionalmente il diritto vigente in Francia²⁰⁶. La sistemazione domatiana è la traduzione in

²⁰⁴ Ciò che è essenziale precisare concerne le direzioni verso cui l'unificazione del diritto mira; se queste possono essere riassunte nella unificazione delle fonti, nella ricerca di un ordine logico-sistematico e nella trasformazione dei contenuti giuridici di taluni istituti (cfr. A. J. ARNAUD, *Le origini dottrinali del codice civile francese*, cit., p. 51), non bisogna dimenticare che anche l'esigenza di unificare "territorialmente" e "linguisticamente" il diritto civile francese assume un ruolo decisivo (cfr. P. CARONI, *Le lezioni catalane*, cit. p. 69), e che la commistione di una politica anti-feudale, di una filosofia razionalista e di una dottrina giuridica attenta a questi nuovi fermenti ha permesso il realizzarsi di un così complesso e rivoluzionario progetto.(cfr. P. G. MONATERI, *Il modello di Civil Law*, Torino 1997, p.88).

²⁰⁵ P. G. MONATERI, *Il modello di Civil Law*, cit., p. 83; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna* cit. p. 156 e ss.

²⁰⁶ Quella dell'unificazione del diritto è un'idea coltivata per diversi secoli dai giuristi francesi. Se generalmente l'attenzione degli studiosi è incentrata, nell'individuare un punto di origine di questo orientamento dottrinario, o nel metodo cartesiano o nell'opera di Domat, ci sembra opportuno ricordare che, in verità, già nel secolo precedente troviamo sulla nostra strada dei giuristi che, seppur mediante metodi e mentalità non ancora forgiati dal pensiero moderno, si cimentano in un così ambizioso tentativo. Se volessimo tracciare una breve mappa cronologica degli autori coinvolti in questo avventuroso tragitto possiamo dire che nel XVI secolo i nomi di Dumoulin, Coquille e Loysel sono i veri antesignani. Nel XVII secolo, oltre al già citato Domat, ci imbattiamo negli scritti di Fleury e Argon e nel progetto di Lamoignon. Nel XVIII secolo, infine, il contributo di Deguasseau e Bourjon, continuatori e interpreti del metodo domatiano, sono secondi per fama e fortuna solo

ambito giuridico di quella metodologia scientifica che sul piano teoretico viene assicurata dalla dottrina cartesiana²⁰⁷. Pur non inoltrandosi nei contenuti che l'architettura di Domat sostiene, sia perché troppo legati all'influenza giansenista che l'autore subisce sia per il vincolo ancora troppo forte che il giurista ha nei confronti di un certo utilizzo delle fonti romaniste, è importante sottolineare alcuni punti decisivi dei suoi scritti²⁰⁸. Attraverso la ricerca delle leggi, oggetto di una conoscenza oggettiva e dimostrabili razionalmente, il giurista di Clermont pone le basi di un sistema assiomatico che si fonda sul rinvenimento empirico di principi primi su cui costruire deduttivamente l'intero ordinamento giuridico²⁰⁹. Mediante, invece, la distinzione tra leggi immutabili (o naturali) e leggi arbitrarie – nonostante essa risenta del retaggio della teologia scolastica²¹⁰ – Domat abbozza una prima separazione tra il diritto privato, che viene identificato con il primo tipo di norme, ed il diritto pubblico, che costituisce l'oggetto delle seconde²¹¹. La sacralità della proprietà che

all'opera di Robert-Joseph Pothier. Sul tema cfr. P. G. MONATERI, *Il modello di Civil Law*, cit., p. 83.

²⁰⁷ «Se Deschartes rovescia la logica aristotelica – che presupponeva l'ontologia: logica e fisica delle essenze – priorizzando le “relazioni tra” rispetto all’ “essere in sé” degli oggetti particolari, Domat senza raggiungere l'esplicazione leibniziana dell'analogia tra la struttura grammaticale e quella giuridica, esprime, tuttavia, la modernità dell'intuizione che la norma giuridica è proposizione, ovvero espressione formalizzata e non contraddittoria di un rapporto» (C. VENTIMIGLIA, *Società Politica Diritto. Il cristiano e il mondo in Pascal e Domat*, Parma 1983, p. 72).

²⁰⁸ C. VENTIMIGLIA, *Società Politica Diritto. Il cristiano e il mondo in Pascal e Domat*, cit., p. 73 e ss.

²⁰⁹ In Domat, in verità, permane una forma di antagonismo tra l'uomo e il mondo. Il reale non è autonomamente espressione di un valore. Da esso non può derivare la legge naturale che abbisogna comunque di una sua dimensione trascendente e divina. Cfr. C. VENTIMIGLIA, *Società Politica, Diritto. Il cristiano e il mondo in Pascal e Domat*, cit., p. 53; sulla ricerca dei principi primi cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 168.

²¹⁰ Anche l'idea di *appetitus societatis* risente di una concezione finalistica dell'esistenza di matrice scolastica. L'essenzialità del vivere sociale alla natura umana non è vincolata all'istinto di conservazione, così come frequentemente riscontrabile nei maestri del giusnaturalismo moderno. Tuttavia la visione della società domatiana segna un parziale distacco dalle posizioni agostiniane dei giansenisti a favore di un aristotelismo mediato dalla tradizione tomistica. Sul tema cfr. C. VENTIMIGLIA, *Società Politica Diritto. Il cristiano e il mondo in Pascal e Domat*, cit., p. 55-57.

²¹¹ Pur essendo estraneo il concetto di *utilitas* in merito all'obbligo da parte dell'uomo di costruire la vita sociale, in piena aderenza con l'ottimismo ontologico e il finalismo etico di cui è portatore, il diritto pubblico e le leggi che da esse derivano possono essere giudicate soltanto attraverso un criterio di utilità e considerate conformi al diritto di natura solo se intrinseche di quell'*esprit* individuabile attraverso il metodo da lui descritto. Del resto l'affermazione dell'impossibilità delle “pubbliche virtù” e la contemporanea identificazione dello spazio interiore come l'unico luogo per l'esercizio etico conduce a quella cesura che pone il politico al di fuori, e quindi lo rende autonomo, da qualunque

rimane ancora viva nelle concezioni del legislatore all'inizio del XIX sec., trova così il suo autorevole prodromo moderno. Da questi due concetti scaturisce una serie di implicazioni capitali. Il diritto naturale è direttamente rintracciabile, nel particolare intuitivamente, nell'universale razionalmente. Esse rappresentano le due strade lungo le quali è possibile giungere alla conoscenza del diritto naturale. In secondo luogo, la codificazione del diritto privato si identifica con la dimostrazione delle leggi immutabili e divine: diritto naturale e diritto civile sono termini che esprimono lo stesso concetto. Codificare significa eliminare dalla massa informe delle norme del diritto privato tutte quelle che non sono né evidenti empiricamente né dimostrabili razionalmente²¹². Il particolare in Domat è inteso platonicamente come riproduzione imperfetta del modello universale. Trasportata nel campo giuridico una siffatta teoria eleva la legge positiva, razionalmente dimostrata, a sistema universale, mentre il fatto giuridico sussunto costituisce il momento particolare, riproduzione empirica di una fattispecie ideale e astratta²¹³. Il giurista, quindi, ha come compito quello di dare un fondamento razionale e scientifico all'esistente, sussumendolo di volta in volta alle leggi naturali precedentemente individuate e organizzate assiomaticamente²¹⁴. Il tentativo di Domat di stabilire il rapporto tra la generalità e l'astrattezza della norma e la specificità e la contingenza dei fatti ha lo stesso valore, sul piano gnoseologico, di quanto la filosofia cartesiana e la nascente scienza sperimentale cercano di compiere in altri ambiti ma con metodologie simili²¹⁵. La scientificità del diritto dà

paradigma etico. Domat, pur osservando un individuo che è già *citoyen*, mostra maggiore interesse per il rapporto uomo-oggetto, trasfigurazione giuridica del travagliato ma al tempo stesso salvifico rapporto uomo-mondo. Sul tema cfr. C. VENTIMIGLIA, *Società Politica Diritto. Il cristiano e il mondo in Pascal e Domat*, cit., 57-63, 73 ; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 166; . F. TODESCAN, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico, II: Jean Domat*, Bologna 1982, pp. 53-80.

²¹² G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., 170 e ss.

²¹³ In questo caso, il ragionamento antinomico pascaliano, che concepisce il particolare come rovesciamento e negazione dell'universale, viene mitigato dal concetto tomistico di imperfezione. Sul tema cfr. C. VENTIMIGLIA, *Società Politica Diritto. Il cristiano e il mondo in Pascal e Domat*, cit., p. 70 e ss.

²¹⁴ È possibile individuare in questo sistema logico-deduttivo una concezione matematizzante del diritto: da alcuni principi generali derivano in via logica tutte le norme particolari. (vedi Arnaud e lo studio matematico dei giuristi..) C. VENTIMIGLIA, *Società Politica Diritto. Il cristiano e il mondo in Pascal e Domat*, cit., p. 72-73

²¹⁵ In Domat, tuttavia, l'empirico non è come nel pensiero scientifico la base indispensabile per qualsiasi dimostrazione logica, né, come nel sistema cartesiano, una *res extensa* subordinata ad una *res cogitans*, ma manifestazione rivelata dell'essere, espressione immediata di una verità particolare che è, tuttavia, raggiungibile a pieno e nella sua totalità soltanto tramite ragione. In questa concezione appare stretta la coesistenza di una linea di

l'opportunità al giurista di condurre la moltitudine delle situazioni fattuali all'interno di un sistema normativo unitario e immutabile il cui centro è rappresentato dalla *lex naturalis*²¹⁶. L'universalità della *loi* si manifesta proprio grazie alle molteplici particolarità empiriche che sono armonizzate da un'unità giuridica logica e materiale, essendo essa il risultato di un metodo razionale e l'espressione di un'unica e imm modificabile fonte normativa²¹⁷.

Se il diritto civile fonde la dimensione ontologica della legge naturale con la formalità logica del sistema assiomatico, lo Stato subisce una vera e propria desacralizzazione a vantaggio di una visione funzionalizzata e convenzionale²¹⁸. Pur seguendo una naturale inclinazione dell'uomo, la costituzione di un ordine sociale nella vita pubblica è inevitabilmente determinata dalla volontà dei singoli, che non sempre corrisponde ai principi e allo spirito delle leggi immutabili e dell'ordine naturale²¹⁹. L'ordinamento dello Stato e quindi l'esercizio della sovranità sono autonomi e distinti dal diritto privato e dalle relazioni individuali che esso regola. Mentre alla proprietà e al contratto viene conferita una dignità etica, allo Stato viene riconosciuta, sul piano morale, la finalità generale, ma gli strumenti legislativi che ne formano la struttura non necessariamente godono della stessa considerazione.

Già nel sistema domatiano, dunque, la proprietà assolve una funzione logico-deduttiva piuttosto che pratico sociale, così come osservato nel *Common Law*. La *propriété*, in quanto manifestazione del diritto naturale, diventa uno dei principi fondamentali da cui far scaturire una lunga serie di norme. Il suo luogo naturale diviene,

pensiero razionale e di una, al contrario, teologica. Matematica e religione si intersecano anche nell'introduzione alle *Loix civiles* cosicché pensiero filosofico e pensiero teologico non si separano mai nel tutto, neanche nell'analisi del diritto. Sul tema cfr. F. TODESCAN, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico, II: Jean Domat*, cit., p. 18-19.

Per quanto, però concerne l'attitudine dei giuristi francesi alla elaborazione scientifica del sistema normativo non va sottovalutata la circostanza secondo la quale gran parte degli studiosi dei secoli XVII e XVIII ricevevano, in ambito accademico, una formazione matematica. Questo interesse e questa familiarità con la matematica contribuisce non poco alla costituzione della *forma mentis* del giurista moderno. Sul tema cfr. A. J. ARNAUD, *Le origini dottrinali del codice civile francese*, cit., p. 174-177, 202 e ss.

²¹⁶ C. VENTIMIGLIA, *Società Politica Diritto. Il cristiano e il mondo in Pascal e Domat*, cit., p. 85.

²¹⁷ *Ivi*, 95-97.

²¹⁸ In Domat si può cogliere « il passaggio da un riconoscimento analogico-sincretico dei diritti naturali ad uno analitico-deduttivo di diritti civili » (C. VENTIMIGLIA, *Società Politica Diritto. Il cristiano e il mondo in Pascal e Domat*, cit., p. 102).

²¹⁹ *Ivi*, 90 e ss.

pertanto, la legge generale e astratta a cui è subordinata qualsiasi interpretazione, dottrina o giurisprudenziale. Il momento fondativo della proprietà è unico e perenne, anzi, è essa stessa l'elemento fondante di un intero ordinamento giuridico.

La necessità di realizzare l'unicità del diritto nasce, dunque, con Domat e trova nel progetto di Daguesseau e nel pensiero illuminista di Montesquieu i suoi sostenitori più diretti, prima di approdare nel tentativo di Robert-Joseph Pothier²²⁰. Il giurista di Orléans si pone lo stesso obiettivo e cerca di raggiungerlo mediante l'uso di una metodologia che sia ben impiantata nell'alveo stesso della professione giuridica. Egli fa suo il progetto di organizzazione del diritto, ma concentra il suo lavoro soltanto sul diritto privato mettendo in opera una unificazione che, tuttavia, ha un carattere più descrittivo che sistematico²²¹. L'elemento giurisprudenziale è ancora predominante rispetto al ruolo della legge, verso la quale Pothier nutre un certo non celato scetticismo. La terminologia romanistica è lo strumento formale per mettere insieme i contenuti giuridici di istituti appartenenti a sistemi normativi differenti: le *droit coutumier* e le *droit écrit* soprattutto²²².

²²⁰ Daguesseau realizza l'unificazione in tema di donazioni e testamenti. Egli stesso è il redattore delle *Ordonnances* ad esse relative. L'intera sua ricerca mira ad evitare i processi e rendere più chiare le norme del diritto civile. Daguesseau risente dell'influenza domatiana e giusnaturalista (in particolare del pensiero di C. Wolff) soprattutto per quanto concerne il principio di perfezionabilità del diritto. Egli diviene così il veicolo del pensiero giansenista e il portavoce dei filosofi moderni. Il ruolo di Montesquieu nell'ambito dell'unificazione del diritto non è secondario. Rompe la visione teologica di Domat, pur nella contraddizione tra il principio della separazione di poteri, che apre senz'altro alla codificazione, e la teoria dei climi, che valorizza, invece, il localismo e il particolarismo giuridico. I redattori e lo stesso Napoleone citano spesso Montesquieu come punto di riferimento teorico per la costruzione della struttura del *Code*. Sul ruolo di Daguesseau cfr. A. J. ARNAUD, *Le origini dottrinali del codice civile francese*, cit., pp.153-158; su Montesquieu cfr. ID., p. 142.

²²¹ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit. p.185.

²²² Mentre, infatti, nella Francia meridionale, infatti, prevaleva il *droit écrit*, di derivazione romanista, nel Nord del paese vigeva il *droit coutumier*, un diritto consuetudinario impregnato di diritto germanico. La *coutume* di Parigi, in particolar modo, si distingueva dalle altre non solo per il suo contenuto, ma anche per l'importanza storica che essa ha assunto. Dallo studio di quest'ultima, infatti, sono sorte alcune tra le più importanti elaborazioni dottrinarie in materia di diritto civile. Sul tema cfr. J. CARBONNIER, *Droit civil*, Paris 1959, p. 41.

Il simbolo, invece, di questo ricorso strumentale alla tradizione romanistica è rappresentato dalla tripartizione gajana e giustiniana di persone, cose e azioni. Il primo a utilizzarla è Lamoignon, ma è soprattutto nelle opere successive (soprattutto quella di Loysel) fino alle "Pandette" di Pothier che si nota questo richiamo ad uno schema piuttosto che a un contenuto normativo. La distinzione tra persone cose e azioni serve per sistemare e organizzare la moltitudine e la disparità delle fonti legislative, non affatto per cogliere elementi essenziali di un discorso giuridico inadeguato alle esigenze del giurista moderno.

La *propriété*, in un primo tempo, viene definita come il potere di chi possiede la maggior parte dei diritti di godimento su di un bene – generalmente l'utilitista – in un regime di dominio diviso²²³. In un secondo tempo, nel *Traité du domaine de propriété* - da cui i redattori del *Code Napoleon* ripresero la quasi totalità delle soluzioni per la stesura degli articoli sulla proprietà²²⁴ - si conferma questo orientamento ricorrendo, in aderenza alle istanze che la nascente scuola fisiocratica avanza, al principio della “maggior rilevanza economica”²²⁵. L'esigenza di concentrare economicamente in un unico soggetto l'intera gestione e l'unica titolarità giuridica su un bene determinato (soprattutto nel diritto fondiario) svolge un ruolo determinante sull'intera riflessione giuridica del XVIII secolo²²⁶.

Il sistema di Pothier, pur presentando nei contenuti dei chiari elementi di rottura con la mentalità dell'*ancien regime* e la visione pre-moderna del diritto, pur rispondendo all'esigenza domatiana di “messa in ordine”, da osservatore attento delle dinamiche materiali della vita giuridica, mantiene un punto di vista concreto. Immerso nella realtà giuridica a lui contemporanea, la sua dottrina appare lontana da una titanica elaborazione teorica nonché poco incline ad affidare alla *loi* il supremo compito di realizzare l'unificazione tanto agognata. In questo senso il giurista di Orléans è più legato al

Sul tema cfr. A. J. ARNAUD, *Le origini dottrinali del codice civile francese*, cit., p. 172 e 206 e ss.; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit. p. 186.

²²³ Cfr. R.-J. POTHIER, *Coutume d'Orléans*, “*Des champarts*”, n. 13, in *Oeuvres*, vol IX, p. 785; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 186.

²²⁴ Dal n. 150 al 192 troverebbero ispirazione quasi tutti gli articoli del Codice dal 544 al 577. Sul tema cfr. A. J. ARNAUD, *Le origini dottrinali del codice civile francese*, cit., p.248; N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino 1996, p. 66; FENET, *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code Civil*, Paris 1827, p. 39.

²²⁵ Sul rapporto tra Pothier e la scuola fisiocratica cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 186; O. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano 1982, p. 221; P. GROSSI, *Un paradiso per Pothier*, cit., p. 430.

²²⁶ Sebbene il termine “fisiocratico” compare nel 1767, la scuola degli economisti francesi – tra i quali ricordiamo Quesnay, Gournay e Mercier de la Rivière – a cui è possibile attribuire tale attributo nasce già attorno al 1750, contemporaneamente all'*Encyclopédie*. Questi, partendo dal principio dell'inevitabile disuguaglianza nella distribuzione dei beni, auspicano, in ambito giuridico l'adozione di un diritto di proprietà assoluto, sciolto dai vincoli feudali che limitano gravemente la gestione ottimale delle risorse economiche. Il potere politico, d'altro canto, non ha altro compito che quello di tutelare la libertà e la proprietà di tutti i membri della società. In questo senso la proprietà è manifestazione del potere economico, lo Stato, invece, del potere giuridico. Cfr. G. ZELLER, *Histoire des relations internationales*, III, *Les temps modernes*, II, *de Louis XIV à 1789*, Paris 1955, p. 333 e ss.; M. VILLEY, *Leçons*, cit., p. 243; A. J. ARNAUD, *Le origini dottrinali del codice civile francese*, cit., p. 232-233; *I Fisiocratici*, cit., p. XXV, 111 e ss.

“pratico” Dumoulin che al “teorico” Domat²²⁷. Pothier porta a termine quella elaborazione dottrinaia sul diritto consuetudinario che dà un ruolo predominante al *dominium utile*, mentre è Domat ad accendere la miccia della costruzione formale dell’ordinamento²²⁸.

La proprietà, agli occhi del giurista, pertanto, assume un ruolo centrale, ma non possiede ancora lo strumento giuridico idoneo alla sua massima espansione, alla piena affermazione della sua illimitatezza²²⁹. La sua disciplina può assumere quel carattere distintivo che qualitativamente la distingue, solo se è l’intero sistema ad essere modificato. La *propriété*, in altre parole, deve definitivamente essere svincolata dalla valutazione filosofico-giuridica della “cosa” e della sua destinazione socio-economica per andare, invece, a costituire il cardine teorico della soggettività giuridica. Per compiere tale passaggio rimane, però, determinante quella giustificazione morale che il giusnaturalismo moderno ampiamente le fornisce²³⁰. La matrice giusnaturalista del diritto di proprietà è decisiva per la sua affermazione, ma il sistema nel quale si colloca le dà più autonomia che assolutezza²³¹. Con la realizzazione dell’identità tra ragione e volontà si raggiunge quell’equilibrio concettuale indispensabile di cui la proprietà rappresenta, al tempo stesso,

²²⁷ Dumoulin è l’autore del noto *Traité des fiefs*, pubblicato tra 1539 e il 1558, che costituisce un imponente commento alla *coutume* di Parigi, tema a cui egli dedica gran parte delle sue ricerche scientifiche. Con Dumoulin Pothier ha senza dubbio in comune l’interesse per le problematiche concrete della realtà giuridica francese, la lucida implicazione economica che le forme del diritto portano con sé, il bisogno di contribuire ad una risoluzione del caos legislativo che avversa il diritto consuetudinario francese. Sul rapporto tra Pothier e Dumoulin cfr. P. GROSSI, *Un paradiso per Pothier*, cit., p. 393-395

²²⁸ Al contrario della tradizione giuridica italiana, in Francia, già alla fine del XV secolo era permesso al concessionario di alienare il feudo senza il consenso del concedente; sul tema cfr. P. GROSSI, *Un paradiso per Pothier*, cit., p. 400

²²⁹ Se i beni mobili sono oramai già concepiti come oggetto di diritto per un unico soggetto legittimato, gli immobili che hanno gli stessi requisiti sono, durante *l’ancien regime* solo gli allodi, essendo i terreni da esso regolati fortemente legati alle dinamiche familiari dei titolari ;cfr. A. CANDIAN, *Propriété*, cit., p.212.

L’affermazione pura della proprietà di un unico soggetto su qualunque immobile è ormai matura. François Hervé, pochi anni dopo la pubblicazione del *Traité* di Pothier, in tema di allodi afferma: «les Fiefs appartiennent en pleine propriété aux vassaux» (F. HERVÉ, *Théorie des matières féodales et censuelles*, I, Paris 1785, p. 369) . Sul tema cfr. P. GROSSI, *Un paradiso per Pothier*, cit., p. 406.

²³⁰ L’influenza che i maestri del giusnaturalismo moderno hanno sui redattori del *Code* è determinante. Mentre Portalis guarda a Grozio, Pufendorf, e Wolff, il tribuno Genier, invece, subisce il fascino di autori come Heineccius, Barbeyrac e Cumberland. Sul tema cfr. A. J. ARNAUD, *Le origini dottrinali del codice civile francese*, cit., p. 249 e ss.

²³¹ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, cit., p. 95

l'approdo finale e la pietra angolare²³². L'astrattezza del *droit de propriété* si costruisce attorno al soggetto. La "sommatoria" delle pretese, presente ancora nella lettura di Pothier, è il frutto di una operazione che ha come oggetto una realtà composita, che risenta della centralità della "cosa", e non dell' "individuo" nell'ambito del ragionamento giuridico²³³. Il giurista di Orléans sente, infatti, ancora il bisogno di elencare pedissequamente i singoli diritti e le specifiche pretese del *propriétaire*, essendo questo una figura giuridica composta dalla confusione di più posizioni²³⁴. Lo *ius abutendi* rintracciabile nella prima parte della normativa codicistica va letto, dunque, in questa ottica: è il potere illimitato di un proprietario che si libera definitivamente dall'ombra di un *dominium directum* rendendo autonomo l'esercizio della proprietà da un soggetto che svolge essenzialmente funzioni sovrane²³⁵. Se, infatti, il dominio diretto è la

²³² Paolo Grossi sintetizza così: «Il *licitum* coincide con il *libitum*» (P. GROSSI, *Un paradiso per Pothier*, cit., p. 415)

²³³ In verità, non va sottovalutato il ruolo che la tradizione del diritto consuetudinario di origine germanica ha nella formazione della mentalità dei giuristi francesi, soprattutto quelli maggiormente impegnati nella interpretazione del *droit coutumier*. In esso, infatti, manca la distinzione romanistica tra *res corporales* e *res incorporales*, ad eccezione dell'allodio che essendo considerata un bene di famiglia, ha un regime giuridico diverso. La proprietà, non seguendo questo schema logico, viene quindi concepita come un diritto immateriale, fondato sul soggetto e non sull'oggetto. La proprietà-diritto prevale sulla proprietà-cosa anche grazie a questa influenza della cultura giuridica germanica. L'unica classificazione, infatti, che il *Code* recepisce, all'art. 516 è quella tra beni mobili e beni immobili. Sul tema cfr. A. CANDIAN, *Propriété*, cit. p. 209-212.

²³⁴ Pothier rappresenta il giurista che giunge ad una razionalizzazione e all'unificazione di una realtà giuridica già esistente in maniera sistematica e frammentaria: le *droit français*. Tuttavia, se è senz'altro condivisibile il pensiero secondo il quale con Pothier non abbiamo ancora una nozione di diritto soggettivo, d'altro canto è pur evidente che l'interesse per la figura del *dominus utilis* lo lega inevitabilmente alla battaglia anti-feudale dei fisiocratici. (cfr. *supra* nota 89; P. GROSSI, *Un paradiso per Pothier*, cit., pp.423-430.; O. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 221). La razionalizzazione del giuridico e dell'economico trovano la loro realizzazione solo con il *Code*, con l'incontro con l'intellettualismo etico di matrice illuminista che fonde ragione e volontà e costruisce sul soggetto l'architettura del suo disegno teorico. Se poi ci si allontana per un attimo dalle questioni squisitamente etiche e filosofiche e si riflette sulla funzione che gli autori del tempo danno alla legge, il quadro appare ancora più chiaro. Se la *loi*, infatti, è concepita come strumento eccezionale e limitato il più possibile – traduzione in campo giuridico di quel principio del *laissez-faire* tanto sostenuto dalla scuola fisiocratica – è proprio attraverso il mezzo legislativo che la proprietà trova il suo riconoscimento, la sua unica disciplina e il suo unico limite. Cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, cit., p. 84.

²³⁵ L'intero modello del codice civile, del resto, nasce e si sviluppa come reazione all'*ancien regime*. Questa caratteristica è ancor più evidente se si analizza il cosiddetto "diritto intermedio" ossia quelle leggi e disposizioni che i vari organi rivoluzionari hanno emanato dal 1789 al 1804, anno in cui entra in vigore il *Code Napoleon*. L'eliminazione

manifestazione di un potere che potremo definire con termine moderno “pubblico” e i vari domini utili le espressioni di un godimento effettivo del bene, con la codificazione il proprietario unifica organicamente su di sé le prerogative un tempo divise tra più titolari, mentre l’esercizio della sovranità passa, in blocco, al soggetto-Stato²³⁶. In altre parole, la frattura tra i due diritti trasforma il *dominium utile* nel nucleo fondamentale delle istanze proprietarie e, quindi, sempre più ancorato al diritto privato; il *dominium directum*, al contrario, è assorbito dal diritto pubblico e si identifica con il potere statale²³⁷. Pur sbarazzandosi del *dominus eminens*, il proprietario non

degli oneri feudali nonché dei privilegi legati al sesso o alla primogenitura, il divieto del fedecommesso, la limitazione della libertà del testatore e del donante, la riduzione del matrimonio ad un contratto, l’affievolimento della patria potestà sono tutti provvedimenti che hanno il manifesto obiettivo di scardinare l’intera struttura sociale che da secoli regge la società francese. Il continuo richiamo, poi, alla volontà delle parti implica l’obbligo di esplicitare il senso delle proprie azioni: si afferma un’ideale di trasparenza che mira ad eliminare la rigidità del sistema feudale. Con la nascita, infine, del registro civile delle nascite lo Stato, sostituendosi in questo compito all’autorità ecclesiale che fino a questo momento lo ha svolto, coltiva l’ambizione di controllare la totalità della popolazione. Un panottico che, nell’ambito del diritto civile è proprio il codice che cerca di incarnare, pretendendo di poter comprendere nel suo dettato, così come la scuola dell’esegesi sentenza, qualsiasi fattispecie giuridica concreta. Nel Codice del 1804 sono molti gli elementi che mantengono questa forte spinta anti-feudale. La centralità del contratto, la liberalità delle donazioni, l’adozione di un diritto di famiglia e di un diritto successorio volti a smantellare i grandi patrimoni e, naturalmente, l’assolutezza e l’autonomia della proprietà sono soltanto i punti più importanti di quell’epocale trasformazione che la codificazione, se, in un certo senso, certifica, soltanto d’altro canto contribuisce essa medesima a realizzare. C’è, infine, la necessità di imporre il potere di uno Stato centrale e dunque di distruggere i patrimoni e diffidare dalle associazioni. Il codice mira, politicamente, alla creazione di un universo economico-sociale di individui il più possibile “divisi” e non aggregabili da corpi sociali intermedi. Sul tema cfr. P. G. MONATERI, *Il modello di Civil Law*, cit., p. 84-87. Sul *droit intermédiaire* cfr. J. CARBONNIER, *Droit civil*, cit., p. 43.

²³⁶ In Francia l’istituto giuridico, corrispondente al *tenure* anglosassone, mediante il quale era possibile, nel periodo feudale, far scaturire quei rapporti di vassallaggio e quella frammentazione dei poteri sui beni era la cosiddetta *saisine*. Essa infatti, comprendeva, oltre alla cessione di un dominio utile, anche la gestione e il trasferimento dell’amministrazione della giustizia su certi territori. La sovranità si confondeva col diritto eminente ed è espressione di manifestazioni di potere “pubblico”. Il sistema delle investiture, inoltre, costituiva una fitta rete di rapporti obbligatori. Non solo le terre, dunque, ma anche gli uomini che in esse vivevano o lavoravano erano soggetti al *seigneur* o al suo concessionario. Sull’istituto della *saisine* cfr. A. CANDIAN, *Propriété*, cit., p. 195-203.

²³⁷ *Propriété* e *souveraineté* sono figure simili e per certi versi antagoniste. Si potrebbe in tal caso parlare di sovranità proprietaria e sovranità politica. Tuttavia, mediante tale terminologia si finirebbe per mantenere vivo in un sistema diverso un dualismo che, seppur persiste, prende forme e contenuti radicalmente diversi. Si può, infatti, affermare paradossalmente che sia il proprietario, sia il sovrano godono di poteri o diritti ben maggiori del *dominus utilis* e *dominus eminens*: il primo assorbe una serie di pretese precedentemente

può svincolarsi, tuttavia, dalla *loi*, espressione formale di una *volonté générale* che è indipendente allo stesso esercizio della sovranità statale, essendo essa la fusione di volontà e ragione, essendo essa il mezzo attraverso il quale la proprietà e lo Stato trovano la propria naturale affermazione²³⁸. Nelle limitazioni che l'articolo 544 contempla bisogna, perciò, ravvisare quella esigenza di ragionevole armonizzazione delle istanze proprietarie con quelle nascenti da situazioni giuridiche qualitativamente equipollenti²³⁹. Quella *phronesis*, che nell'ambito del *Common Law* abbiamo individuato nell'istituto dell'*equity*, in un sistema codificato può risiedere soltanto nella legge. È, quindi, compito del legislatore, e non del giudice, salvaguardare l'ordinamento dalle contraddizioni logiche che possono sorgere a causa della coesistenza di una pluralità di norme che definiscono e regolano istituti e interessi apparentemente o inevitabilmente configgenti²⁴⁰. Tale operazione avviene

divise tra più individui, il secondo esercita un ruolo di controllo e di amministrazione con strumenti giuridici ben più solidi e ben più capillari del *seigneur* medievale. Il diritto moderno sembra quasi creare ed estendere spazi nuovi e sconosciuti a qualunque soggetto giuridico. Sullo sviluppo del doppio dominio cfr. A. CANDIAN, *Propriété*, cit., p. 221 e ss.

²³⁸ L'articolo 6 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo recita così: « La loi est l'expression de la volonté générale »; cfr. J. CARBONNIER, *Droit civil*, cit. p. 8.

Il sovrano è vincolato al rispetto della proprietà, pur potendo, in principio, con l'utilizzo dello strumento legislativo disporre la sua più ampia limitazione. Il suo limite non risiede tanto in una fonte superiore, scritta o naturale, quanto nel semplice fatto che la sua funzione verrebbe immediatamente a mancare. Lo Stato moderno nasce per la tutela e il riconoscimento della libertà dei cittadini, libertà che si identifica, immediatamente con l'esercizio del diritto di proprietà. Il momento della libertà e quello dell'uguaglianza – l'altro grande principio su cui la Rivoluzione del '89 pone le basi del suo successo – non si realizzano contemporaneamente tramite la proprietà. Soli il primo trova, dunque, affermazione in essa. Il secondo emerge in altri punti del codice ed è fondamentale nella disciplina del contratto. Tuttavia l'uguaglianza trova spazio maggiore nella Dichiarazione dei diritti del 1789 e nella Costituzione del '93 che nel *Code*. Ma tra le tre fonti sarebbe arduo quanto pretestuoso individuare un criterio gerarchico o una qualsiasi priorità dell'una sulle altre: mentre le prime sembrano assumere un valore principalmente politico-pubblicista, la seconda ha una rilevanza di carattere legalista-civilista. Anche in questo caso siamo di fronte ad una separazione di campo piuttosto che ad una sovrapposizione tra norme. Sul tema cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, cit., p. 91 e ss.; sulla dimensione "pubblica" della Costituzione e della Dichiarazione, e la dimensione privata del Codice cfr. G. SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, cit. p. 87.

²³⁹ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, cit., p. 77.

²⁴⁰ Proprio attorno al dogma della completezza e della unità del codice nasce, subito dopo la codificazione del 1804, la cosiddetta Scuola dell'esegesi. Questa rappresenta quel movimento di pensiero sorto nel XIX secolo in Francia secondo il quale il significato autentico delle definizioni del codice andava cercato unicamente nel testo. Inoltre, gli esponenti più radicali di tale scuola presupponevano che il *Code* non avesse lacune, negando così all'interprete qualsiasi richiamo a principi generali o qualunque possibile ricorso a criteri di equità. Sulla scuola dell'esegesi cfr. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 72-84; P. G. MONATERI, *Il modello Civil Law*, cit., pp. 90-91.

preventivamente, dal momento che la legge si afferma *ante rem* e in via generale, a differenza di una giurisprudenza che interviene a posteriori e sempre sul caso particolare²⁴¹. I limiti alla proprietà sono, pertanto, volti a garantire, soltanto su un piano formale, a tutti la possibilità di poter esercitare lo stesso diritto e, più in generale, quelle prerogative che ogni individuo ha riconosciute, senza più alcun vincolo determinato dalla nascita o dall'appartenenza ad un rigido *status* sociale²⁴². Non c'è, tuttavia, nessun interesse collettivo a cui esse tendono. La norma sulla proprietà sembra quasi incarnare la logica di una libertà individuale kantianamente intesa. Letta in questa maniera, la disciplina codicistica della *propriété* non è oggetto di alcuna aporia né, tanto più, è espressione di un paradosso concettuale irrisolvibile²⁴³.

Nella elaborazione del *Code*, tuttavia, la proprietà, nonostante la centralità e il prestigio che riveste, non sembra avere lo stesso vigore della *property* anglosassone. Da un lato, infatti, le istanze

²⁴¹ Attraverso la codificazione si realizza una frattura tra le disposizioni normative precedenti e quelle contenute in esse o successive ad esse. Il giusnaturalismo “serve” per creare *ex novo* la proprietà, non per modificarla né tanto meno per costituire un sistema di norme che, di volta in volta, garantisca nuovi bisogni o tutele e nuovi interessi. Il *Code*, in un certo senso, legiferando sulla proprietà, stabilisce indirettamente anche l'appropriazione. In tal senso, l'attenzione per l'*occupatio* – che va ricondotta alla formulazione groziana piuttosto che al *capere* del Digesto 41,2,1 – e i tentativi di definirla e legittimarla giuridicamente sono presenti in tutti i progetti codificatori, soprattutto quello redatto dal Cambacérès nell'anno IV. Letto in questa prospettiva il Codice del 1804 è stato definito “borghese” piuttosto che giusnaturalista (cfr. P. CARONI, *Le lezioni catalane*, cit., p. 70 e ss.), data la sua attitudine a identificare nel soggetto proprietario il *bourgeois* piuttosto che a descrivere una proprietà in termini di valori assoluti ed indeterminata sul piano socio-economico. Cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, cit., p. 95; sul tema dell'*occupatio* A. J. ARNAUD, *Le origini dottrinali del codice civile francese*, cit., p. 244-249.

²⁴² Sul carattere individuale della proprietà nella codificazione francese cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata* cit. p. 100-101.

²⁴³ Il tema del paradosso è presente nell'interpretazione di Arnaud. Lo storico francese afferma che non appena si definisce la proprietà come il più assoluto dei diritti, ossia al primo comma dell'art. 544, subito dopo lo si subordina al rispetto delle leggi e dei regolamenti, generando così un'insanabile contraddizione. Arnaud, inoltre, nota che mentre in Grozio e Locke il diritto di proprietà si realizza prima della nascita dello Stato, già in Pufendorf la *divisio* che origina l'appropriazione ha natura convenzionale e avviene all'interno dello Stato stesso. Pertanto, è nell'evoluzione stessa della scuola del diritto naturale che il contrasto troverebbe la sua origine. (Cfr. A. J. ARNAUD, *Le origini dottrinali del codice civile francese*, cit., p. 251.) Nell'analisi di Arnaud tuttavia non si distingue il problema dell'appropriazione con il disciplinamento della proprietà. Il giusnaturalismo non si pone solo il problema di definire la *propriété*, la sua nozione e i suoi limiti, ma anche, e forse soprattutto, il problema di giustificare eticamente l'appropriazione originaria, il momento in cui sia possibile, logicamente o storicamente, inserire una qualsivoglia normativa che regoli la proprietà.

giusnaturalistiche pur costituendo un elemento essenziale dell'ossatura teorica, rimangono imbrigliate nella forme astratte della legge che tende inevitabilmente a mitigarle²⁴⁴. Dall'altro la cesura che sussiste tra il Codice e la normativa precedente, soprattutto per quanto concerne il sistema delle fonti, rende l'ordinamento scevro di quella stratificazione concettuale che nel diritto d'oltremania consente alle istanze individuali non solo di essere pre-ordinate agli interessi collettivi e statuali, ma anche di attrarre questi ultimi a sé, armonizzandoli all'interno della stessa disciplina proprietaria. La contemporanea affermazione della sovranità e della proprietà come categorie assolute – la prima come un potere, la seconda come un diritto – rende autonome l'una dall'altra ma al tempo stesso le lega indissolubilmente ad un criterio oggettivo di valutazione e regolamentazione che è rappresentato dalla legge positiva. Questa divaricazione tra i due concetti è emblematicamente sintetizzata dal più celebre e più influente dei redattori del *Code* medesimo, Jean Etienne Marie Portalis. Quest'ultimo afferma che mentre al cittadino appartiene il diritto di proprietà, al sovrano spetta l'*imperium*, ossia il monopolio del potere politico²⁴⁵. Tuttavia, dietro tale laconica definizione, più che scorgere la volontà di «creare un assoluto» che sia in grado di limitare un altro assoluto, ossia la sovranità statale²⁴⁶, noi crediamo di trovare le tracce di quelle istanze separatiste precedentemente individuate tra due forme di potere differenti per contenuto e funzione. Se tradizionalmente consideriamo la nascita, lo sviluppo e il primato dello Stato moderno come la *condicio sine qua non* per l'affermazione della proprietà e, in generale, dei diritti soggettivi, non possiamo non notare, a seguito di una riflessione complessiva sul sistema codificatorio francese, che le reciproche

²⁴⁴ Carbonnier definisce la *loi* come «Une règle, c'est une disposition abstraite, c'est-à-dire générale dans l'espace, permanente dans le temps» (J. CARBONNIER, *Droit civil*, cit., p.7). Sul tema del "culto" della legge cfr. P. CARONI, *Lezioni catalane*, cit., p. 70. Non è un aspetto secondario il fatto che il libro preliminare *Du droit e des lois* fu eliminato dal corpo del *Code*, non tanto per i presupposti dottrinari che lo fondavano, quanto per l'irrelevanza che su un piano pratico esso rivestiva. Questo è emblematico del fatto che, già al momento della sua promulgazione, il Codice metteva da parte i contenuti giusnaturalisti per dare preminenza al formalismo legalista. Sul tema cfr. J. CARBONNIER, *Droit civil*, cit. p. 45.

²⁴⁵ «Al cittadino appartiene la proprietà, al sovrano l'impero»: è questa l'espressione attribuita a Portalis ripresa in B. LACANTIERIE-WAHL, *Trattato teorico-pratico di diritto civile*. *Dei beni*, trad. it., Milano s.d., p. 156; cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 105.

²⁴⁶ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 105.

implicazioni tra *souveraineté* e *propriété* presentano dinamiche molto più complesse di un semplice rapporto di causa-effetto²⁴⁷.

Se il contrattualismo allontana il pericolo di un sovrano *legibus solutus* e vincola a determinati principi l'esercizio del potere politico, il primato della legge fa sì che la *propriété* sia sempre e comunque riconducibile ad un metro di interpretazione oggettivo che, seppur in principio fondato sulla centralità del soggetto, deve inevitabilmente riferirsi ad una "cosa". Mentre la *property* è in ogni caso riferita ad una pretesa individuale, la proprietà codificata, se si scava in profondità oltre l'aspetto meramente teorico, è sempre intrinsecamente legata ad un bene²⁴⁸. La nozione di *propriété*, inserita in un ordinamento che deve affrontare la grande problematica della rigida definizione delle forme di appartenenza – onde evitare il moltiplicarsi di nuove entità giuridiche – risulta, inoltre, poco adatta ad assorbire nuovi interessi e a tutelare i diritti nascenti da tali bisogni²⁴⁹.

²⁴⁷ Del resto, anche l'*Ancien Droit* rifletteva la situazione politica della Francia dell'epoca pre-rivoluzionaria. Il legame tra la monarchia cattolica e l'aristocrazia feudale è fin troppo evidente. Una forma di Stato confessionale che era lo specchio di un diritto, inegualitario, comunitario e terriero. Sul tema cfr. J. CARBONNIER, *Droit civil*, cit. p. 42.

²⁴⁸ Se si osserva la struttura del Codice e la divisione per numero di norme che ciascuna sezione contiene ci si accorge di una evidente sproporzione tra gli articoli dedicati ai beni e ai modi d'acquisto rispetto (1766) a quelli relativi al tema delle persone (solo 509). Sul tema cfr. A. J. ARNAUD, *Le origini dottrinali del codice civile francese*, cit., p. 229.

²⁴⁹ Il *Code* del 1804 ha subito delle trasformazioni alla fine del XIX e una revisione nel XX secolo. Le più importanti trasformazioni sono avvenute dopo 1880, con la definitiva affermazione della repubblica democratica. Soprattutto in materia patrimoniale il legislatore ha cercato da un lato di restringere la *propriété* a vantaggio dell'interesse collettivo, dall'altro ha limitato la libertà contrattuale per motivi di ordine pubblico. Nonostante, dunque, si sia assistito ad una sorta di "socializzazione" del Codice, queste innovazioni non rappresentano una vera e propria sconfessione del suo spirito originario, quanto piuttosto una curvatura più netta verso quel principio di uguaglianza che pure era a fondamento della cultura filosofico-giuridica del primo Ottocento. La "debolezza" del *Code* emerge in misura maggiore con il sorgere di nuovi tipi di ricchezza riassumibili nel concetto giuridico di beni immateriali. L'affermazione di una *propriété littéraire et artistique*, l'importanza dei *brevets* e di altre figure non contemplate nella disciplina codicistica, hanno costretto il legislatore e l'interprete ad inserire nello schema logico concettuale del codice civile istituti che mal si adattavano ad essere regolate da quella logica e da quelle norme.

Per quanto riguarda il secolo scorso, la più importante innovazione sul piano normativo, secondo, noi, non va ricercata all'interno del diritto privato e del suo sviluppo normativo e dottrinario, bensì nella adozione di una Costituzione rigida, nel 1958. Questa, mediante una netta separazione tra le sfere di competenza della legge e dei regolamenti, realizza l'intento di imbrigliare la legislazione, mettendo in crisi quella autonomia che il diritto civile manteneva nei confronti del potere sovrano in presenza di una Costituzione flessibile, così come era sempre avvenuto nella tradizione del diritto pubblico francese. Sulle trasformazioni e le revisioni del *Code* cfr. J. CARBONNIER, *Droit civil*, cit. p. 48 e ss.; sui beni immateriali cfr. A. CANDIAN, *Propriété*, cit., p. 237 e ss.; sulla Costituzione del 1958 cfr. P. G. MONATERI, *Il modello del Civil Law*, cit. p. 98.

3. *Eigentum*. La proprietà nel pensiero gius-filosofico tedesco: dal giusnaturalismo laico alla dogmatica giuridica

Nell'area germanica l'indirizzo logico-deduttivo che porta ad una sistematizzazione del diritto pubblico e privato prende il nome di dogmatica giuridica. Tale scuola, che caratterizza la ricerca giuridica della seconda parte del secolo XIX, rappresenta il momento finale di un processo di formazione filosofico-giuridica che ha le sue radici nel giusnaturalismo continentale seicentesco e il suo approdo conclusivo nell'elaborazione dottrina di fine Ottocento, negli anni subito precedenti all'elaborazione del BGB. Anche in questa sede, lungi dal mettere in piedi una minuziosa quanto complessa ricostruzione storico-filosofica, toccheremo alcuni punti fondamentali che, a nostro avviso, appaiono indispensabili onde delineare i caratteri della proprietà nel sistema giuridico tedesco e la posizione che essa assume all'interno dell'intero ordinamento. La ricerca metodologica di Leibniz e degli autori del giusnaturalismo laico, la concezione giuridica kantiana, il contributo della scuola storica, l'opera di Gerber e Jhering. Attraverso una breve ma puntuale analisi di questi momenti cercheremo di tracciare le coordinate teoriche che reggono la nozione proprietaria tenendo sempre presente il suo rapporto con la sovranità. Dimosteremo, in merito, che la proprietà risulta subordinata al potere sovrano e da esso è legittimata. Sulla dialettica diritto soggettivo-diritto oggettivo la scuola del diritto scientifico, infatti, costruisce una teoria dell'ordinamento che apre la strada ad una critica radicale del soggettivismo giuridico²⁵⁰.

a) L'opera di Leibniz, analogamente a quella di Domat in Francia, rappresenta l'ultimo tentativo di ricondurre le istanze individualiste avanzate dal giusnaturalismo laico all'interno della

²⁵⁰ Tra coloro che hanno cavalcato quest'onda vanno principalmente menzionati Otto von Gierke e Hans Kelsen. Entrambi, in maniera differente, arrivano ad assorbire la nozione di diritto soggettivo nel diritto oggettivo o, addirittura, giungono a negare l'esistenza stessa di una soggettività giuridica. Mentre, infatti, Gierke considera il diritto soggettivo e il diritto oggettivo due aspetti di un medesimo concetto, le due facce di una stessa medaglia, nella sua "dottrina pura" Kelsen risolve nell'ambito di un unico e inscindibile diritto obiettivo non solo il diritto soggettivo, ma anche la nozione stessa di soggetto di diritto. Sul tema cfr. R. ORESTANO, *Azione, Diritti soggettivi, Persone giuridiche*, cit., p. 155-161.

tradizionale dimensione teologica²⁵¹. Tuttavia, rispetto al sistema del giurista di Clermont, in quello leibniziano non sopravvive la necessità di una doppia fonte conoscitiva, una intuitiva, l'altra razionale. Sebbene, infatti, l'origine del diritto naturale sia divina, l'individuazione e la definizione di essa sono compiute esclusivamente tramite ragione. Seppur, quindi, rimanga su un piano ontologico la derivazione metafisica del diritto, su un piano gnoseologico la ragione diventa del tutto autonoma nella ricerca e nella ricezione dello *ius naturale*. Qualsiasi verità, anche quella conoscibile per istinto, deve essere necessariamente considerata come una verità di ragione manifestamente oggettivabile²⁵². Le verità di fatto sono considerate mera descrizione del passato, le verità di ragione la spiegazione *a posteriori* di esse²⁵³.

Così come contemporaneamente avviene per Vico, anche nel pensiero di Leibniz la storia assume un rilievo determinante. Nel filosofo tedesco la curvatura storica rappresenta il momento dell'unità, il fondamento logico e finale dell'intera riflessione giuridica²⁵⁴. L'essere è concepito come un processo progressivo attorno al quale il sistema matematico si attaglia²⁵⁵. Corollario di tale visione è l'adozione del principio di continuità come pietra angolare dell'elaborazione di un sistema-diritto²⁵⁶.

Il secondo punto cardinale del pensiero giuridico leibniziano concerne la netta distinzione tra *fatto del diritto* ed *ordine logico del diritto*. In tale prospettiva la realtà fattuale, pur essendo portatrice di verità in ambito filosofico, non costituisce fonte di verità in ambito

²⁵¹ Cfr. U. CERRONI, *Kant e la fondazione della categoria giuridica moderna*, Milano 1962, p. 35.

²⁵² Anche il carattere materialista che di tanto in tanto traspare tra le righe del discorso leibniziano va letto in tale ottica: il compimento di quella scorporazione del reale secondo il metodo razionale. Sul tema cfr. P. BELLINAZZI, *Conoscenza, morale, diritto: il futuro della metafisica in Leibniz, Kant, Schopenhauer*, Pisa 1990, p. 314-15.

²⁵³ Da questa distinzione muove i primi passi quell'idea di primato della ragione e della forma che, in vari modi e secondo differenti sistemi di pensiero, caratterizzerà la concezione giuridica nella cultura tedesca; sul tema cfr. P. BELLINAZZI, *Conoscenza, morale, diritto: il futuro della metafisica in Leibniz, Kant, Schopenhauer*, cit., p. 344.

²⁵⁴ M. BARILLARI, *La dottrina del diritto di Leibniz*, Napoli 1913, p. 14

²⁵⁵ Nei confronti dell' "assoluto" lo svolgimento della realtà empirica non è elemento trascurabile dato che costituisce il momento in cui l'universo si realizza in maniera sempre definitiva. Sul tema cfr. E. CASSIRER, *Cartesio e Leibniz*, trad. it., Roma-Bari 1986, p. 310.

²⁵⁶ L'interesse e la sensibilità per tale problematica emerge, in Leibniz, già in età giovanissima, dal momento che nella sua tesi di dottorato "*De casibus perplexis in iure*", presentata ad Altdorf, è possibile rintracciare gli elementi cruciali che caratterizzeranno la successiva elaborazione del *Methodus*. Sul tema cfr. M. BARILLARI, *La dottrina del diritto di Leibniz*, cit., p. 17.

giuridico. Natura e storia si uniscono per poi separarsi proprio nell'etica e nel diritto²⁵⁷. Anche secondo tale visione, dunque, scompare quella forma di dualismo conoscitivo di scuola francese. Il suo rigore concettuale porta Leibniz perfino ad affermare che la giustizia possiede un valore di per sé, non riconducibile affatto alle necessità e ai bisogni della vita umana²⁵⁸. Il suo anti-utilitarismo – che in Kant riapparirà con estremo vigore – lo conduce a rinnegare qualsiasi implicazione e connessione fra il momento del diritto e la realtà contingente. La sua operazione può essere, a buona ragione, definita come una purificazione e una universalizzazione del diritto²⁵⁹.

Tuttavia, pur interpretando una ricostruzione “razionale” dell'ordine del diritto, Leibniz non racchiude il giuridico in una semplice astrazione ma, grazie proprio alla penetrazione della considerazione storica del diritto, fornisce a quest'ultimo una dimensione eminentemente “reale”²⁶⁰, caratterizzata da una sorta di subordinazione del contingente al necessario²⁶¹. La subordinazione delle “verità contingenti” alle “verità necessarie” del diritto avviene attraverso la scoperta delle cause che sono a monte di una decisione giuridica. La ricerca delle cause prime unite al principio di continuità costituiscono lo strumento metodologico indispensabile per raggiungere quel grado di perfezione conoscitiva del diritto. Una conoscenza che non è un semplice dato ma una continua ricostruzione della realtà. La preminenza della decisione fornisce alla giurisprudenza e al suo studio un ruolo di primo piano nell'analisi di Leibniz²⁶². L'oggettivazione delle relazioni giuridiche, la cui risoluzione avviene attorno ai principi testé enunciati, lo conduce,

²⁵⁷ E. CASSIRER, *Cartesio e Leibniz*, cit., p. 311.

²⁵⁸ L'etica, come poi in Kant, risiede all'interno dell'uomo: essa non ha alcun legame con l'esperienza ma è intimamente legata ai principi razionali che conservano la loro validità anche qualora il mondo sensibile non esistesse. Sul tema cfr. E. CASSIRER, *Cartesio e Leibniz*, cit., p. 312 e ss.

²⁵⁹ Cfr. P. BELLINAZZI, *Conoscenza, morale, diritto: il futuro della metafisica in Leibniz, Kant, Schopenhauer*, cit., p. 318.

²⁶⁰ Leibniz vuole arginare il magma fluttuante del pensiero moderno con pietra solidificata della stessa eruzione: da un lato cerca di superare Cartesio e il suo meccanicismo mediante una diversa impostazione metodologica, dall'altra tenta di superare Locke e l'empirismo attraverso una diversa considerazione del mondo sensibile. Sul tema cfr. M. BARILLARI, *La dottrina del diritto di Leibniz*, cit., p. 76 e ss.

²⁶¹ Il rapporto ed il confine tra spirito e materia sono nettamente segnati, del resto, già nella *Monadologia* dove ipotizza un sistema filosofico in cui le entelechie superiori governano le entelechie inferiori. Sul tema cfr. P. BELLINAZZI, *Conoscenza, morale, diritto: il futuro della metafisica in Leibniz, Kant, Schopenhauer*, cit., p. 318.

²⁶² Tale indirizzo, incanalato nell'ambito della ricerca e dell'interesse per il diritto romano favorisce la nascita della scienza giuridica tedesca. Sul tema cfr. M. BARILLARI, *La dottrina del diritto di Leibniz*, cit., p. 63.

nella descrizione del diritto sostanziale, ad una “personificazione” della *res*²⁶³. In ambito possessorio, quindi, il “vero” soggetto non è il titolare di un bene giuridico genericamente inteso, ma il bene stesso. La mancata distinzione tra diritto reale e diritto personale, non essendo supportata da una concezione del diritto fortemente differente come quella anglosassone, porta il filosofo tedesco a questa apparente confusione teorica che, in verità, rivela una precisa impostazione filosofica²⁶⁴. Nella tripartizione leibniziana di diritto sul proprio corpo, diritto sulla cosa e diritto sulla persona, la proprietà è inquadrata, ovviamente, nella seconda categoria. Essa si presenta, dunque, come “*facultas*” e non come “*libertas*” o “*potestas*”. In altre parole, la proprietà non è considerata come un diritto innato, non è, tanto meno, espressione della libertà personale e neanche estensione della propria personalità. In tal senso si è ben distanti dalla visione lockiana sebbene, per altri versi, anche Leibniz, attorno alla problematica dell’appropriazione, non sfugge del tutto dalla corrispondenza proprietà-lavoro. Infatti, il possesso è concepito come il risultato di una lotta tra le persone e le cose: conseguentemente la proprietà viene vista come il risultato di un’azione, di una “*creatio*” o di una “*inventio*”. Nonostante ciò, però, se andiamo a comparare e ad integrare la dottrina proprietaria con la nota tripartizione del diritto naturale che Leibniz elabora, ci accorgiamo che questi elementi individualisti assumono un significato ben diverso da qualsiasi dottrina liberale. Nella ascensione dallo *ius strictum* alla *pietas* – passando per lo stadio intermedio dell’*aequitas* – i tradizionali principi romanisti del *neminem laedere, suum cuique tribuere e honeste vivere* sono posti in un preciso ordine gerarchico che tende generalmente a mitigare tre fenomeni: l’egoismo individuale, le disuguaglianze tra gli uomini ed, in ultimo, il conflitto tra il bene

²⁶³ Cfr. M. BARILLARI, *La dottrina del diritto di Leibniz*, cit., p. 70.

²⁶⁴ L’incapacità di Leibniz e dello stesso Wolff a distinguere chiaramente la nozione di diritto reale da quella di diritto personale può essere spiegata con la complessa stratificazione concettuale che, in tema di proprietà soprattutto, caratterizza l’ordinamento giuridico dell’area germanica, addirittura dall’età pre-feudale. L’inesistenza di un concetto di proprietà individuale, la netta distinzione tra disciplina dei beni mobili (*Fahrnisrecht*) e disciplina dei beni immobili (*Liegenschaftrecht*) e la conseguente differenziazione tra *Eigentum* (proprietà) e *Besitz* (possesso), l’affermazione dell’istituto della *Gewere* (analogo al *Tenure* anglosassone): sono tutti elementi che rendono estremamente ardua la comprensione della dottrina giuridica romana. I termini romanistici, per lungo tempo, si innestano su una tradizione antica generando enormi difficoltà di interpretazione anche tra le menti più acute e le personalità più profonde del panorama giusfilosofico tedesco. Sul tema cfr. B. POZZO, *Eigentum*, in A. CANDIAN, A. GAMBARO, B. POZZO, *Property, - Propriété-Eigentum*, cit. p. 259-281.

individuale e il bene collettivo²⁶⁵. La supremazia dell'interesse pubblico è il carattere che Leibniz ascrive al diritto moderno²⁶⁶. La dimensione pubblica del diritto costituisce il momento unificatore e fondante della filosofia del diritto e della scienza del diritto, a cui il metodo matematico "trionfalmente" addivviene.

Nella triade lo *ius civile* viene equiparato *per similitudinem* alla *voluntas superior* che caratterizza l'ultimo grado di perfezione del diritto naturale²⁶⁷. In altre parole il diritto civile, pur essendo formalmente comparabile allo *ius strictum* in quanto diritto posto, si "depura"²⁶⁸ nei tre gradi fino a coincidere ontologicamente con l'etica divina²⁶⁹. I rapporti tra gli individui e i rapporti con Dio sono trattati alla stessa stregua, in piena coerenza con quelle affinità elettive che Leibniz coglie tra teologia e giurisprudenza: il perfezionamento dell'uomo passa per entrambi i campi e nell'ambito di entrambi i tipi di relazioni²⁷⁰. Le conflittualità inevitabili tra i simili che lo *ius strictum* scopre vengono risolte, in ultima analisi, in quell'organo complesso e onnicomprensivo che è lo Stato²⁷¹. I rapporti di forza naturale esistenti tra i singoli individui evolvono e confluiscono razionalmente nel rapporto di forza "artificiale" tra i cittadini e la sovranità statale²⁷². Il diritto positivo deriva dal diritto naturale e

²⁶⁵In questo *climax* da più autori è stata avanzata l'ipotesi che attraverso la percezione sensibile e le verità fattuali Leibniz abbia voluto costituire un sistema platonico-ascensionale verso le verità assolute. Secondo altri, invece, mentre l'*honeste vivere* e il *suum cuique tribuere* attengono al diritto pubblico, il *neminem laedere* sarebbe il principio cardine del diritto civile: seguendo tale ipotesi, da un lato, si avrebbe un'ulteriore dimostrazione della superiorità del pubblico sul privato, dall'altro la proprietà privata troverebbe fondamento diretto nel primo dei principi che costituiscono il *corpus* del diritto naturale. Sulle influenze platoniche in Leibniz cfr. E. CASSIRER, *Cartesio e Leibniz*, cit., p. 316. Sul valore dei tre principi cfr. B. POZZO, *Eigentum*, cit. p. 290.

²⁶⁶Del resto l'identità tra la storia del diritto romano e il diritto romano e quella tra la storia del diritto moderno e il diritto pubblico fa sì che nel pensiero di Leibniz il secondo indirizzo prenda il sopravvento sul primo. Il sommo bene è facilmente comparabile, nella realtà empirica, al bene collettivo. La verità astratta del primo concetto si incarna nella verità fattuale del secondo. Cfr. M. BARILLARI, *La dottrina del diritto di Leibniz*, cit., p. 80 e ss.

²⁶⁷R. PALAIA, *Unità metodologica*, cit., p. 152

²⁶⁸L'espressione è di Tullio Ascarelli; cfr. T. ASCARELLI, *Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, in T. HOBBS, G.W. LEIBNIZ, *A dialogue between a philosopher and a student/Speciem questionum philosophicarum ex jure collectarum*, Milano 1960; cfr. R. PALAIA, *Unità metodologica*, cit., p. 154.

²⁶⁹Il taglio tra diritto e morale, tra *ius positivum* e *ius naturale* avviene, contemporaneamente, solo con l'opera di Thomasius e Pufendorf. Sul tema cfr. *infra* n. 26

²⁷⁰P. BELLINAZZI, *Conoscenza, morale, diritto: il futuro della metafisica in Leibniz*, Kant, Schopenhauer, cit., p. 322.

²⁷¹Ivi, p. 327.

²⁷²Ivi, p. 339

costituisce il compimento imperfetto di quella istanza di giustizia divina che nel “mondo possibile” non è necessariamente attesa. Tuttavia, in ogni ordinamento storicamente affermatosi, in aderenza alla visione teoretica generale di Leibniz, esso rappresenta il migliore di quelli possibili, il più adatto a stemperare quei contrasti e quelle forze opposte che nella dialettica individuo-totalità si ripresentano all’infinito²⁷³.

Inoltre, grazie alla distinzione tra libertà di diritto e libertà di fatto, il diritto positivo riesce a far convivere armonicamente l’uguaglianza formale e le disuguaglianze materiali che vigono in qualunque contesto economico-sociale. Il raggio d’azione del diritto attiene alla prima di queste libertà e, di conseguenza, anche la disciplina possessoria è tesa verso l’esclusivo e il limitato rispetto di tale istanza²⁷⁴.

Per concludere, in Leibniz la proprietà è configurata come un potere che sorge nello *ius strictum*, al livello più basso del diritto naturale, per poi essere affinato e perfezionato nei gradi superiori – così come l’intera materia civilistica – dal sovrapporsi ad esso dell’interesse della “comunità”, culminante con l’instaurazione del potere statale. Ciò che nel filosofo di Lipsia, e nel suo allievo Christian Wolff, è ancora legato ai gangli di uno *ius naturale* complessamente descritto, in giuristi come Pufendorf e Thomasius diventa, semplicemente, il contenuto dello *ius positivum*²⁷⁵.

b) Kant, non distaccandosi in questo dalla tradizione giusnaturalista, concepisce lo *ius strictum* come l’anello di congiunzione tra la natura e Dio, tra il mondo sensibile e il mondo intelligibile, passaggio intermedio tra due gradi di conoscenza

²⁷³ Ivi, p. 329

²⁷⁴ Ivi, p. 331

²⁷⁵ Uno dei cardini dell’intero pensiero pufendorfiano è il principio secondo il quale il fondamento di qualsiasi obbligazione giuridica risiede nel comando di una autorità. Autorità che ben presto Pufendorf stesso identificherà con lo Stato. La visione coercitiva dell’ordinamento giuridico porta, a prescindere dalla possibile commistione di elementi positivistici con retaggi giusnaturalistici, ad una conclusione logicamente incontestabile: l’unico diritto vigente è quello posto dal legislatore statale. In maniera forse più consapevole e, ad ogni modo, con la medesima implicazione teorica, Thomasius riprende lo stesso concetto ponendosi, però, in una differente angolazione: il rapporto tra diritto e morale. La celebre distinzione tra i due campi della ragion pratica conduce a quella autonomia del diritto che, soltanto in Kant, troverà una diversa e problematica rivalutazione. Sul tema cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 106-126; F. RICCOBONO, *Soggetto Persona Diritti*, cit. p. 45 e ss.

differenti²⁷⁶. Tuttavia nel filosofo di Königsberg si perpetra la separazione tra volontà e intelletto: empirismo e razionalismo si fondono in un sistema equilibrato nel quale la realtà effettuale diventa il campo di indagine mentre la ragion pura lo strumento attraverso il quale l'uomo individua la legge naturale. Se il *Verstand* è dedito alla lettura fenomenica dei fatti, la *Vernunft* consente all'uomo la costruzione noumenica delle norme giuridiche²⁷⁷. L'agire dell'uomo e i principi che la sostengono non possono e non devono essere ricercati tramite la conoscenza della natura umana né attraverso la valutazione di qualunque elemento legato all'esperienza sensibile. Il diritto e la morale costituiscono un *a priori* libero dalla qualsiasi verifica empirica²⁷⁸. Lo sguardo del teorico, in ogni caso, si sposta definitivamente dal divino all'umano²⁷⁹. La separazione cartesiana-leibniziana di esperienza e intelletto si salda all'interno di un sistema filosofico che pone, tuttavia, la ragione a dominio della realtà. Così come in Leibniz e Wolff, anche in Kant la regola etica e conseguentemente la norma giuridica è svuotata di tutte le componenti sensoriali e materialiste, scevra di qualsiasi elemento soggettivista e particolare²⁸⁰. La tanto ricercata complementarità tra l'intelletto e la ragione si risolve, alla lunga, a vantaggio della seconda, unico strumento in grado di conferire l'universalità e l'oggettività al diritto²⁸¹. Questo aspetto emerge con tutta la sua forza proprio nella definizione kantiana di proprietà.

La questione possessoria in Kant assume, infatti, un ruolo tanto centrale nella elaborazione del sistema giuridico che è stato autorevolmente affermato che in esso proprietà e diritto si identificano

²⁷⁶ U. CERRONI, *Kant e la fondazione della categoria giuridica moderna*, cit., p. 32.

²⁷⁷ Ivi, p. 40

²⁷⁸ Cfr. P. BELLINAZZI, *Conoscenza, morale, diritto: il futuro della metafisica in Leibniz, Kant, Schopenhauer*, cit., p. 380-381.

²⁷⁹ U. CERRONI, *Kant e la fondazione della categoria giuridica*, cit., pp. 33-34.

²⁸⁰ In Kant anche quel sottile legame che in Leibniz persisteva tra il bene e la felicità viene definitivamente reciso. La ragion pratica risulta totalmente incondizionata dalla sfera e edonistica e individuale. Tuttavia i valori etici non sono considerati in netta antitesi con i valori della felicità: egli appura semplicemente una separazione di campo, una diversità qualitativa, non un dualismo o un contrasto insuperabile. Sul tema cfr. P. BELLINAZZI, *Conoscenza, morale, diritto: il futuro della metafisica in Leibniz, Kant, Schopenhauer*, cit., p. 355 e 384.

²⁸¹ Non va sottovalutato il fatto che, nella *Critica della ragion pura*, Kant riprende senza superare del tutto la distinzione leibniziana tra conoscenza storica e conoscenza razionale, fornendo la seconda di un rango superiore. Sul tema ancora P. BELLINAZZI, *Conoscenza, morale, diritto: il futuro della metafisica in Leibniz, Kant, Schopenhauer*, cit., p. 388.

nello stesso concetto²⁸². La proprietà da problema storico-materiale diventa una questione logico-concettuale²⁸³. Il momento fondante dell'intera costruzione teorica è il passaggio dal possesso fisico, ossia dalla mera detenzione di fatto di un oggetto, al possesso giuridico, cioè alla presa di coscienza del proprio *animus possidendi* in merito a qualcosa nonché al riconoscimento altrui di tale facoltà. La proprietà, infatti, è prima di tutto la possibilità di creare una libertà esterna per ogni persona²⁸⁴. Affinché si raggiunga tale fine, la pretesa possessoria non può rimanere in un ambito prettamente soggettivo e materiale, ma necessita di una dimensione trascendentale e razionale. Per utilizzare termini noti dell'etica kantiana possiamo dire che l'istanza proprietaria deve poter essere posta come un imperativo categorico, e non come una semplice massima, dal quale derivino obbligazioni reciproche in capo ad ogni individuo. Lo spazio del *mio* rappresenta, dunque, la categoria generale, l'appercezione trascendentale dell'intera esperienza giuridica. Per costituire ciò appare chiaro il fatto che la proprietà ha bisogno di una fondazione *a priori* che la svincoli dal dato empirico e che, inoltre, risulti logicamente precedente sia al possesso comune – che costituisce soltanto una dimensione fattuale iniziale – sia alla volontà generale, che come in qualsiasi logica contrattualista costituisce l'*a posteriori* da cui si sviluppa la società civile²⁸⁵. L'operazione filosofica, tuttavia, non è affatto semplice e non immune dal rischio di una *petitio principii*. La comunità, infatti, nel momento in cui assolve alla sua funzione fondativa della proprietà privata non è più comunità²⁸⁶. Dal momento che Kant nega la possibilità logica di concepire la *res nullius*, da un punto di vista materiale è la comunione dei beni lo *status* iniziale di ogni vita sociale e solo da essa potrebbe legittimarsi la successiva divisione della proprietà privata. Legittimazione che non potrebbe non derivare da una volontà generale di tutti i consociati. Ma per le esigenze del sistema kantiano non ci si può accontentare della semplice formula rousseauviana, e quindi, per addivenire ad una giustificazione *a priori*, è indispensabile porre i presupposti della proprietà in una dimensione del tutto asettica dal mondo sensibile. È pertanto nel concetto di Stato, inteso questo come unità vivente, che la proprietà individuale può trovare la sua funzione di categoria fondante della giuridicità. Solo

²⁸² Cfr. N. BOBBIO, *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*, Torino 1957, p. 105; U. CERRONI, *Kant e la fondazione della categoria giuridica*, cit., p. 74.

²⁸³ U. CERRONI, *Kant e la fondazione della categoria giuridica*, cit., p. 126.

²⁸⁴ Ivi, p. 75.

²⁸⁵ Ivi, pp. 76-77.

²⁸⁶ Ivi, p. 126.

nella realizzazione di uno Stato come sistema universale – che Kant estenderà fino alla previsione di uno Stato mondiale che garantisca la pace perpetua – è possibile evitare la contraddizione che pure è presente negli scritti del filosofo di Königsberg laddove il passaggio dal fatto al valore, dal possesso comune alla proprietà individuale, non appare né netto né limpidamente teorizzato²⁸⁷. Kant, attraverso questa difficile ma fondamentale ricostruzione, trasforma la proprietà da un rapporto uomo-cosa, ad un rapporto uomo-uomo. Inoltre, concependo questa come un *a priori* razionale, non la pone come semplice *medium* tra la natura e la volontà, ma la erge a forma assoluta, libera ed autonoma da qualsiasi contingenza storica e da ogni particolarismo fattuale. In altre parole, eludendo il rapporto naturalistico tra l'individuo e i singoli beni e razionalizzando il rapporto volontaristico delle relazioni sociali mediante il superamento del contrattualismo seicentesco e illuminista, nel pensiero kantiano si realizza quel salto cognitivo che riduce la proprietà a categoria generale delle relazioni giuridiche in un contesto sociale unitario e universale nel quale, tramite il possesso, ogni uomo è dotato, a un tempo, di uno strumento di libertà e di una fonte di obblighi²⁸⁸. Grazie a questa complessa costruzione la disuguaglianza materiale tra gli uomini scaturente dalla proprietà privata diventa l'elemento necessario al progresso e al dinamismo del sistema sociale, la garanzia di sviluppo costante e perpetuo del miglior ordine sociale possibile, il continuo confronto e adeguamento tra natura e morale, tra società e diritto²⁸⁹. Proprietà e Stato sono rispettivamente l'origine e il risultato del processo di formazione della vita collettiva. La contrapposizione tra diritto privato e diritto pubblico rappresenta la trama rovesciata della polarità stato naturale-stato civile. Lo Stato e il diritto trovano il proprio principio nell'istanza possessoria ma sono, al tempo stesso, rivestiti di un potere coattivo che supera i contenuti dello stato di natura²⁹⁰. L'*auctoritas* hobbesiana e l'innatismo lockiano si fondono in un sistema che, da un lato, mantiene la proprietà come fatto fondativo, dall'altro, fornisce lo Stato di quei poteri superiori che gli consentono di esercitare il potere sovrano.

Di fronte ad un sistema statale così configurato, si pone il problema dell'effettività e della validità dell'amministrazione del suo

²⁸⁷ Ivi, pp. 78-79.

²⁸⁸ Ivi, pp. 80-84.

²⁸⁹ P. BELLINAZZI, *Conoscenza, morale, diritto: il futuro della metafisica in Leibniz, Kant, Schopenhauer*, cit., p. 405.

²⁹⁰ U. CERRONI, *Kant e la fondazione della categoria giuridica*, cit., p. 130.

potere: Kant la risolve mediante la descrizione di una sovranità esclusivamente giuridica, ossia, in una identità tra Stato e diritto²⁹¹. L'unificazione di natura e ragione avviene grazie all'unificazione di politica e diritto. La fondazione dello Stato avviene grazie all'affermazione del principio giuridico del diritto di proprietà; la legittimazione dell'esercizio del potere sovrano si realizza, invece, attraverso la subordinazione dei diritti soggettivi alla politica, intesa questa come espressione della volontà e dell'interesse della comunità.

L'autorità del sovrano, in altri termini, non viene "guidata" o limitata dalla volontà e dall'interesse dei singoli, bensì dalla razionalità della legge. Razionalità e positività si coniugano tra loro onde preservare l'elemento universale e la sottoposizione del particolare empirico ad esso²⁹². La subordinazione del diritto alla ragione consente quel passaggio dal diritto privato al diritto pubblico tanto ricercato negli scritti kantiani²⁹³. Lo Stato è lo strumento necessario affinché venga garantita la razionalità e l'universalità del diritto²⁹⁴: non ha un'essenza propria ma è concepita come una mera astrazione razionale²⁹⁵.

c) Gli eredi della sensibilità storica e della propensione alla sistematicità che l'impostazione del pensiero giuridico moderno e la dottrina di Kant contribuiscono a far emergere sono, senza dubbio, gli esponenti della scuola storica e, in seguito, i fondatori della dogmatica giuridica²⁹⁶.

La scuola storica, sviluppatasi attorno alla figura di F. von Savigny e G. F. Puchta, porta avanti una concezione che qualifica la storia e la dogmatica come fonti di cognizione del diritto: la prima rappresenta lo sviluppo del diritto in "verticale", la seconda il suo radicamento "orizzontale". Il dualismo tra le due verità giuridiche non si risolve in una dialettica ma, anche in questo caso, in una compenetrazione che dà alla dogmatica un carattere storico che, in un certo qual senso, la subordina al divenire del vivere umano. Lo storicismo della versione savigniana segue la linea della giustificazione del "reale" contro l'idea "pragmatica" e critica

²⁹¹ U. CERRONI, pp. 140-41.

²⁹² Ivi, pp. 152-153.

²⁹³ Ivi, p. 154.

²⁹⁴ Ivi, p. 155.

²⁹⁵ G. SOLARI, *Studi storici di filosofia del diritto*, Torino 1949, p. 269; U. CERRONI, *Kant e la fondazione della categoria giuridica*, cit., p. 156.

²⁹⁶ W. WILHELM, *Metodologia giuridica del XIX secolo*, trad. it., Milano 1974, p. 19-23.

dell'illuminismo le cui esigenze sono presenti, seppur in maniera del tutto peculiare nel pensiero di Kant²⁹⁷. Il razionalismo illuminista viene messo in crisi dalla sua pretesa di produrre un diritto valido una volta e per tutte, così come erano caduti nella medesima trappola i giusnaturalisti seicenteschi²⁹⁸. La scuola storica muove dalla relativizzazione del diritto naturale già intrapresa da Thomasius²⁹⁹. Il giurista renano, tuttavia, si inserisce all'interno di quella corrente di pensiero che da Leibniz ad Hegel ipotizza, direttamente o indirettamente, la realizzazione imminente e incontrovertibile del "migliore dei mondi possibili"³⁰⁰. Inoltre, egli giunge a tessere una relazione tra diritto e morale onde costituire un fondamento etico all'autonomia del diritto: il diritto – così come accade nella dottrina kantiana³⁰¹ – rimane al servizio della morale ma, al tempo stesso, domina all'interno del suo ambito non potendo far altro che fornire gli strumenti idonei alla realizzazione etica del genere umano³⁰².

Il sistema giuridico, dunque, diventa l'ordine immanente del diritto. Pur ispirandosi all'individualismo giusnaturalistico di scuola leibniziana e, soprattutto, wolffiana, la scuola storica ha come obiettivo quello di mettere a punto una "saldatura" tra il diritto soggettivo e il diritto oggettivo³⁰³. Ma una tale concezione apre inevitabilmente le porte al formalismo giuridico che caratterizza la scienza giuridica del secondo Ottocento e del primo Novecento. Gli istituti giuridici, infatti, appaiono già delle strutture rigide all'interno

²⁹⁷ Il grande problema che percorre l'intero sviluppo della scuola storica, fin dagli albori, è la continua oscillazione tra due posizioni radicali: una eminentemente storica, l'altra esclusivamente dogmatica. La stessa *querelle* tra il Savigny e il Thibaut sulla codificazione rientra in questa insanabile frattura: da un lato c'è chi cerca di perseguire il principio di continuità leibniziana valorizzando il ruolo della storia, dall'altro chi propone una cesura tra il vecchio e il nuovo ordinamento giuridico. Sulla questione cfr. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, trad. it., Milano 1980, p. 10; W. WILHELM, *Metodologia giuridica del XIX secolo*, cit., p. 17-28.

²⁹⁸ F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, cit., p. 5

²⁹⁹ Indiscussa, a riguardo, è l'influsso di Herder e Schelling sul pensiero di Savigny; sul tema cfr. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, cit., pp. 12-15

³⁰⁰ In verità Savigny ipotizza la possibile e contemporanea coesistenza di diversi tipi di sistemi giuridici giusti: in tal senso la fondazione degli istituti e degli ordinamenti giuridici non dipenderebbe soltanto dalla logica deduttiva, ma anche dall'esperienza contingente, o, in ultima analisi, dalla libera creazione del diritto, su un piano meramente formale, da parte degli scienziati del diritto. Sulla controversa questione cfr. W. WILHELM, *Metodologia giuridica del XIX secolo*, cit. p. 63

³⁰¹ Sull' "autonomia" della morale e l' "eteronomia" del diritto in Kant cfr. F. RICCOBONO, *Soggetto Persona Diritti*, cit. p. 45; B. POZZO, *Eigentum*, cit., p. 300.

³⁰² F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, cit., p. 11

³⁰³ La definizione è di Riccardo Orestano; cfr. R. ORESTANO, *Azione, Diritti soggettivi, Persone giuridiche*, cit., p. 139 e ss.

del quale ogni rapporto giuridico è inevitabilmente ricondotto. L'idea romantica di "unità e totalità del reale", prima ancora che in Fichte o in Hegel, trova, in ambito filosofico-giuridico la sua prima realizzazione. Realizzazione che non è scevra di importanti conseguenze. Da un lato, infatti, si configura l'identità tra diritto e società, tra norma giuridica e regola sociale; dall'altro, invece, i rapporti e gli istituti vengono quasi "astratti" dalla realtà negando, contraddittoriamente la tesi dell'unità del reale ed aprendo la strada all'autonomia del diritto³⁰⁴. Anche in questa circostanza non ci troviamo di fronte alla costruzione di un ordinamento razionale e astratto *ex novo*, ma piuttosto ad una ri-costruzione teorica dell'unità immanente. All'universalismo statico dell'illuminismo si contrappone l'universalismo dinamico della Scuola storica. Ma è la rivalutazione dello Stato e la sua identificazione con il concetto di Nazione che dà quell'unità storico-valoriale che giustifica, in un'ottica filosofica immanentistica, il divenire e le trasformazioni del diritto³⁰⁵. Celebre è, poi, l'avversione di Savigny per le codificazioni. Avversione che nel *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung* viene ampiamente argomentata attraverso il concetto di diritto organico che, secondo il giurista tedesco, può svilupparsi solo mediante la consuetudine, la scienza e la prassi. Il popolo, gli studiosi e i giudici costituiscono così le ipostasi su cui fondare il sistema giuridico³⁰⁶. Il giurista, in particolare, è il custode della coscienza giuridica popolare. Non la legge astratta, ma il diritto concreto è alla base della concezione di Savigny. Se il contenuto del diritto è da ricercarsi nello sviluppo storico della vita umana, gli strumenti di lettura di esso vanno scovati nel diritto romano antico, nel quale egli intravede una concezione autenticamente scientifica del diritto. Se dunque in Francia il diritto romano diventa, con tutti i limiti e le eccezioni del caso, il contenuto di riferimento dello studioso e del legislatore, in Germania esso costituisce lo strumento di lettura del diritto. La fedeltà di Savigny al modello kantiano di libertà rivela, con tutta la sua forza, gli effetti che da un siffatto modello concettuale derivano. Concepire il diritto soggettivo come la sfera di libertà in grado di coesistere con la libertà di ogni altro porta con sé tale conseguenza: l'impossibilità di concepire un diritto assoluto, sciolto del tutto dagli altri diritti e dalle

³⁰⁴ W. WILHELM, *Metodologia giuridica del XIX secolo*, cit., pp. 48-59

³⁰⁵ In Savigny la trattazione storica e quella filosofica sono strettamente correlate, nonché è forte la connessione tra il diritto e l'intera tradizione culturale. Cfr. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, cit., pp. 35-37.

³⁰⁶ F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, cit., p. 67 e ss.

norme dell'intero ordinamento giuridico³⁰⁷; la negazione dell'esistenza di diritti innati come fonte del diritto oggettivo³⁰⁸. Il *diritto soggettivo* viene scavalcato dal concetto di *rapporto giuridico* e, in seguito, dalla nozione di *istituto*, situazione giuridica complessa che costituisce in sé una serie di relazioni variamente configurabili³⁰⁹. Tuttavia, pur volendo superare l'idea di un diritto naturale sostanziale, gli assiomi, le deduzioni e il sistema nel suo insieme che da essi deriva non sono del tutto dissimili dal giusnaturalismo di marca leibniziana. Cambia il contenuto ontologico del diritto ma non lo strumento di ricerca e di ricostruzione teorica dello stesso³¹⁰. La concettualizzazione deduttiva realizza, nell'ambito del pensiero giusfilosofico tedesco, quel predominio del concetto generale sul particolare³¹¹. Il passaggio decisivo che segna questa svolta avviene già con Hugo³¹²: il materiale giuridico positivo diventa l'oggetto di un sapere scientifico che, attraverso una rigida metodologia, possa padroneggiarlo³¹³. Il diritto positivo, in definitiva, diventa il cuore della trattazione storica, il diritto naturale il momento della riflessione filosofica³¹⁴.

In altre parole, l'eredità della tradizione giusnaturalistica, già nel pensiero di Savigny, irrompe prepotentemente fino a costituire l'architrave della successiva scienza pandettistica³¹⁵. Con Puchta, poi,

³⁰⁷ Alla luce di ciò, per quanto attiene alla nostra ricerca, l'impostazione generale della dottrina di Savigny appare ben rilevante dei suoi scritti specificamente dedicati a tematiche del diritto privato. Anche il famoso saggio *Sul possesso*, per i contenuti che esso affronta, appare poco determinante al fine di individuare l'effettiva relazione esistente tra il diritto di proprietà e l'ordinamento giuridico generale. Sul tema cfr. G. SOLARI, *Storicismo e diritto privato*, Torino 1959, p. 55-86; F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, cit., p. 76.

³⁰⁸ R. ORESTANO, *Azione, Diritti soggettivi, Persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, cit., p. 141.

³⁰⁹ Sul tema cfr. R. ORESTANO, *Azione, Diritti soggettivi, Persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, cit., p. 140; W. WILHELM, *Metodologia giuridica del XIX secolo*, cit., p. 60 e ss.

³¹⁰ Per citare un esempio la "piramide concettuale" di Puchta può essere considerata figlia del metodo di C. Wolff; cfr. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, cit. pp. 39-40.

³¹¹ L'intera opera di Savigny è pervasa dai principi kantiani dell'uomo come fine e della libertà come diritto da esercitare nel rispetto della libertà altrui; sul legame tra il pensiero di Kant e l'opera di Savigny cfr. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, cit., p. 42; G. SOLARI, *Storicismo e diritto privato*, cit., p. 88.

³¹² Sull'influenza di Gustav Hugo nella formazione del metodo storico del diritto privato cfr. G. SOLARI, *Storicismo e diritto privato*, cit., pp. 8-28.

³¹³ F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, cit., p. 49

³¹⁴ Questa concretezza che la matrice storica offre al primo periodo della scuola storica scompare mano mano fino ad arrivare al formalismo puro di Jhering, Laband e Gerber. Cfr. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, cit., pp. 50-52.

³¹⁵ W. WILHELM, *Metodologia giuridica del XIX secolo*, cit., p. 66

si realizza quel passaggio dello storicismo “puro” alla giurisprudenza dei concetti³¹⁶. Il procedimento logico-deduttivo che oramai si adombra nella ricostruzione degli istituti e nella ricostruzione del sistema savigniniano, in Puchta viene fuori con tutta il suo vigore. La predominanza della logica fa sì che il diritto, sia quello consuetudinario sia quello legislativo, diventino il frutto di una “creazione” piuttosto che di una “scoperta”³¹⁷. Puchta stesso definisce il giurista come un creatore: il diritto non è altro che l’oggetto di una costruzione concettuale. Egli, però, supera l’orizzontalità del sistema savigniano con la piramidale messa a punto dalla sua “genealogia dei concetti”³¹⁸. I diritti soggettivi, infatti, rappresentano il gradino intermedio di una piramide che culmina col *diritto in assoluto*. Tali diritti sono concetti del tutto staccati dalla realtà sociale. Essi sono mere elaborazioni teoriche. La proprietà, in un sistema filosofico-giuridico radicalmente formalista, al pari degli altri diritti, da un lato appare subordinata ad un concetto di diritto assoluto astrattamente superiore, dall’altro è completamente svincolata dal soggetto titolare. Il particolare viene necessariamente ricondotto al concetto giuridico generale, ad un dover-essere prestabilito mediante una asettica operazione creatrice. La Pandettistica, con Puchta, diventa lo strumento di perfezionamento costante e continuo di cui i giuristi sono titolari³¹⁹. Essa realizza l’unità logico-concettuale dell’ordinamento prima ancora del BGB, fatto di grande influenza sull’intera evoluzione dei rapporti tra proprietà e altri diritti³²⁰. Il procedimento deduttivo delle “nuove regole” avviene, dunque, come presupposto della giurisprudenza costruttiva. In altri termini, a differenza del sistema inglese, le norme derivano da un ragionamento logico-astratto scorporato dal dato reale e dal particolarismo sociale e individuale che, invece, rimane subordinato alla categoria giuridica che la scienza dei giuristi elabora. Ciò che con Puchta si afferma nell’ambito del diritto privato, ben presto, grazie all’opera di Gerber e dello stesso Jhering, viene esteso nell’alveo del diritto pubblico. In poche parole l’intero sistema giuridico statale viene fatto derivare dall’elaborazione teorica dei giuristi che, di volta in volta, individuano rapporti e istituti, forme e contenuti della realtà giuridica a loro contemporanea, in omaggio a quel senso della storia che, quanto meno come clima

³¹⁶ Ivi, p. 75-78

³¹⁷ W. WILHELM, *Metodologia giuridica del XIX secolo*, cit., pp. 86-94

³¹⁸ F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno, II*, cit., pp. 80-82.

³¹⁹ Ivi, p. 103

³²⁰ Ivi, p. 140.

culturale, permane anche negli autori che superano l'ortodossia della scuola del Savigny³²¹. In questa maniera i concetti giuridici assumono un valore intrinseco, a prescindere dalla realtà sociale che vanno a regolare³²².

Tale concezione implica, però, una involontaria e contraddittoria identificazione dell'essere con il dover-essere³²³: l'astrattezza del sistema dogmatico non è, come nel caso della codificazione francese, di natura formale, ma ha una vera e propria dimensione ontologica. Mentre, infatti, nel *Code* il legame con il substrato reale è riscontrabile quanto meno nella fase della elaborazione legislativa – che tiene conto delle strutture economico-sociali da voler tutelare e garantire – nella dogmatica giuridica i concetti costituiscono un assoluto di per sé.

Il giusnaturalismo laico prima, il sistema kantiano poi, il contributo della scuola storica in ultimo, portano avanti quel tentativo di unificazione dell'ordinamento giuridico attorno alla figura di un soggetto che non è semplice individuo, l'uomo empirico della dottrina liberal-borghese, ma un'entità trascendentale il cui manifestarsi nelle singolarità umane diventa espressione di una oggettività universale³²⁴. L'affermazione, quindi, dello Stato di diritto rappresenta l'approdo naturale di un sistema di pensiero che, pur non potendo essere ascritto *tout court* alla corrente del positivismo giuridico, giunge all'affermazione del diritto posto dal legislatore in maniera differente.

d) Con Jhering e Gerber assistiamo, finalmente alla nascita della “giurisprudenza costruttiva” e ad un progressivo e determinante abbandono della storia a vantaggio di una rivalutazione del carattere sistematico e creativo del diritto³²⁵. La contemporanea lettura dell'opera di questi due autori porta all'affermazione formale e materiale di un diritto oggettivo di origine statale e, conseguentemente, alla descrizione di un potere sovrano come unico “creatore” del diritto stesso, custode incontrastato degli scopi e dei contenuti dell'intera attività giuridica.

³²¹ Ivi, p. 124

³²² Ivi, p. 127

³²³ Ivi, p. 129

³²⁴ Tale processo è stato anche definito come “soggettivizzazione” del sistema giuridico. Sul tema cfr. R. ORESTANO, *Azione, Diritti soggettivi, Persone giuridiche*. cit., p. 143.

³²⁵ W. WILHELM, *Metodologia giuridica del XIX secolo*, cit., pp. 97-100

L'opera di Rudolf Jhering viene tradizionalmente divisa in due grandi periodi³²⁶: il primo, contrassegnato dallo *Spirito del diritto romano*, in cui riprende la metodologia della “giurisprudenza dei concetti”; il secondo, nel quale egli si dedica alla ricerca della finalità del diritto, è dominata dallo scritto incompiuto *Lo scopo del diritto*. Ciò che emerge già nella prima fase della sua ricerca è il definitivo distacco, ancor più di quanto non avvenisse nei due corifei della scuola storica, dalle categorie etiche del giusnaturalismo laico e della filosofia idealistica³²⁷. In altre parole il carattere scientifico della sua indagine appare ben più assimilabile al metodo delle scienze naturali. L'opera di sistematizzazione che il primo Jhering tenta di attuare consiste nella scomposizione degli istituti giuridici nei loro “elementi primi” e la successiva ricomposizione degli stessi in differenti massime e istituti, *artificialmente* prodotti dalle sagge mani del giurista³²⁸. Quest'ultimo, come il chimico³²⁹, rimescola, attraverso un'attività induttiva e creatrice, i concetti giuridici fondamentali – che nel diritto romano trovano un irrinunciabile campo di indagine – da lui stesso individuati favorendo, in tal maniera, il continuo e inarrestabile sviluppo di un sempre nuovo diritto vigente. Nella seconda parte della sua produzione Jhering si interroga sul modo in cui questa “creazione” deve avvenire e, soprattutto, si dedica all'individuazione del soggetto legittimato a realizzarla. In primo luogo egli rivede la teoria dei concetti e prende atto del fatto che non esistono principi fondamentali immutabili e assoluti, neanche nel tanto “mitizzato” diritto romano³³⁰. I concetti giuridici vengono così inevitabilmente relativizzati, sia da un punto di vista temporale, sia da un punto di vista sostanziale. La logica rimane sempre la lanterna che illumina la strada del giurista, ma costituisce, ora, solo il suo strumento, non affatto il contenuto finale del suo operare. Il fondamento del diritto va ricercato nel mondo materiale, nella vita di tutti i giorni. Seppur in apparenza contraddittoriamente, lo scarto teorico che Jhering compie lo mantiene, in maniera forse ancora più solida, sulla via della ricerca di

³²⁶ Sulla annosa questione della cesura tra il primo e il secondo Jhering e la discontinuità teoretica che da essa deriverebbe non possiamo affatto dilungarci. Per ordine e comodità di esposizione terremo conto dell'orientamento che i maggiori studiosi in materia ci hanno meticolosamente indicato. Sul tema citiamo su tutti K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it., p. 27 e ss.

³²⁷ K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, cit., p. 28.

³²⁸ Ivi, p. 29

³²⁹ Il paragone dalla scienza del diritto e la chimica è dello stesso Jhering; cfr. K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, cit., p. 31.

³³⁰ K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, cit., p. 60.

un ordinamento giuridico immanente. La logica al servizio della pratica: così si può sintetizzare la sua svolta.

Delineato tale rapporto diventa necessario scovare il soggetto che può compiere questa perenne operazione di adeguamento del diritto a determinate finalità di volta in volta perseguibili. Il soggetto che Jhering designa non è il legislatore, genericamente inteso, ma la società. Per società il giurista tedesco intende qualsiasi entità minima che sia in grado di organizzare la vita collettiva. In tale prospettiva, lo Stato non appare opposto al concetto di società, ma anzi, costituisce una possibile se non addirittura il più auspicabile tipo di formazione sociale centralizzata³³¹. Il diritto, in tale ottica, deve essere considerato come una norma coercitiva volta al perseguimento di un fine sociale³³². La proprietà, nell'ottica jheringhiana, diventa uno scopo "possibile" del diritto vigente, un istituto regolabile e limitabile a discrezione dello Stato che può adeguare la sua disciplina alla contemporanea protezione di altri e, spesso, configgenti interessi sociali. Tra i bisogni della collettività, del resto, non esiste una gerarchia prestabilita e la società può, insindacabilmente, preferire, in determinati momenti storici, la tutela di qualsivoglia diritto ed il sostegno delle aspettative più disparate. In tale prospettiva, gli interessi proprietari e gli interessi sociali coincidono in tutto e per tutto³³³.

Le tesi di Jhering aprono scenari decisivi nell'ambito della scienza del diritto, all'interno dei quali, sebbene contemporanea ad esso e dunque non considerabile una conseguenza della sua dottrina, può essere letta l'operazione teorica di Gerber. Questi, in particolare, analogamente a quanto Savigny, Puchta e, infine, Jhering riescono a compiere con gli istituti di diritto romano, tenta di attuare nel campo del diritto privato tedesco il passaggio da una ricerca storico-recettiva ad una dogmatica-astratta. Il fine di questa operazione è quello di astrarre, attraverso lo studio del materiale appartenente alla tradizione del diritto germanico, dei concetti assoluti e degli istituti fissi che

³³¹ Non è secondario a riguardo, il fatto che Jhering fa sua la tesi che la produzione del diritto è monopolio dello Stato. Cfr. K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, cit., pp. 62-64.

³³² K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, cit., p. 64.

³³³ Jhering scrive: "...il fatto che già il proprio interesse spinge di regola il proprietario a fare della sua proprietà quell'uso che è conforme al suo interesse e, contemporaneamente, a quello della società, è la ragione per cui la società formula richieste così limitante nei riguardi della proprietà" (R. v. JHERING, *Lo scopo del diritto*, trad.it., Torino 1972, p. 364)

siano in grado di comprendere l'intera materia civilistica³³⁴. Il punto di partenza dell'analisi è costituito dalla presa di coscienza del fatto che nel diritto tedesco esiste una netta prevalenza dei rapporti sugli istituti. Dietro ogni diritto si cela una relazione giuridica: il primo rappresenta la forma, la seconda la sostanza di un universo del diritto che non concede ai soggetti pretese e facoltà completamente sciolte da obblighi e doveri. In secondo luogo, per staccare il cordone ombelicale tra il diritto "puro" e la realtà sociale, Gerber utilizza, in maniera forse un po' artificiosa, una doppia serie di dualismi: l'uno tra diritto germanico e diritto romano, l'altro tra diritto feudale e diritto borghese. In entrambi i casi il primo termine rappresenta l'espressione di un diritto unito e saldamente radicato nella realtà storico-economica del suo tempo, il secondo termine, invece, un diritto astratto, libero dai vincoli di qualsiasi contesto storico-sociale. Per quanto attiene alla tematica del possesso, Gerber scorge in questa duplice dialettica due forme di proprietà: la prima *vincolata*, soggetta a varie forme di dominio, tipica di un'economia naturale che sovrasta l'elemento giuridico; la seconda invece viene definita *libera*, pietra angolare ed espressione massima di un sistema monetario che formalizza qualunque tipologia di rapporto economico permettendo al diritto astratto di affermarsi pienamente³³⁵.

Per mettere a punto il passaggio da una fase storico-materiale ad una logico-formale dell'elaborazione giuridica non bisogna mai disgiungere l'analisi dei singoli istituti con la continua e costante considerazione dei fondamenti ultimi del diritto. In tal senso, mentre la giurisprudenza produttiva ha il compito di prendere il materiale giuridico nella storia e razionalizzarlo con la tecnica giuridica del diritto romano, la scienza giuridica è il mezzo mediante il quale rinvenire le categorie astratte e i principi universali del diritto³³⁶.

Una volta fissati i caratteri e i contenuti del diritto privato, Gerber si dedica alla "unificazione" del diritto pubblico seguendo la stessa metodologia e la medesima impostazione teorica. Dopo qualche iniziale tentennamento, egli mette in opera lo stesso procedimento astrattivo che gli consente di purificare il diritto pubblico da qualsiasi elemento contingente e materiale. Gerber scorge nel diritto costituzionale l'unica fonte pura in grado di escludere la storia, la filosofia e la politica dalla legislazione. L'esclusione della storia dalle dinamiche giuridiche – ancor più del duro attacco che egli compie nei

³³⁴ W. WILHELM, *Metodologia giuridica del XIX secolo*, cit., 101-103.

³³⁵ Ivi, pp.108-109.

³³⁶ Ivi, p. 118 e ss.

confronti dell'influsso fuorviante che la filosofia e la politica eserciterebbero sulla scienza del diritto pubblico – risolve definitivamente, a vantaggio della seconda, la tensione ideologica tra storicismo e dogmatica. Se, infatti, nell'ambito del diritto privato le norme consuetudinarie ricavate dall'evoluzione storica della vita reale hanno ancora un ruolo, seppur marginale, nell'ambito del diritto pubblico scompare del tutto qualsiasi connessione con le dinamiche materiali della vita sociale³³⁷. La dialettica soggetto-oggetto viene mantenuta ancora in vita, ma con un significato radicalmente diverso: unico soggetto agente del diritto pubblico è lo Stato, concepito come l'inscindibile unità del popolo rivestito di personalità. I diritti civili e qualsiasi pretesa individuale non costituiscono più diritti soggettivi autonomi, ma elemento derivato dal principio fondamentale che regge l'intero sistema: la sudditanza di ogni singolo cittadino al potere dello Stato³³⁸.

In ultimo, quindi, l'evoluzione teorica della dogmatica giuridica in Germania può essere suggestivamente definita come “la lenta e tormentosa riscoperta del diritto obiettivo”³³⁹. La proprietà, al termine di questo percorso, si spoglia del suo sostrato ontologico e, a un tempo, vede cancellare le sue pretese di absolutezza e inviolabilità, essendo essa stessa, oramai, subordinata ad un potere sovrano unico di un sistema verticistico e apicale che pone la sua medesima esistenza come principio e fondamento dell'intero ordinamento giuridico.

³³⁷ W. WILHELM, cit., p. 148-161.

³³⁸ Ivi, p. 166-168.

³³⁹ R. ORESTANO, *Azione, Diritti soggettivi, Persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, cit., p. 145.

III CAPITOLO

LE CRITICHE AL MODELLO INDIVIDUALISTA. LA FUNZIONE SOCIALE DELLA PROPRIETÀ.

Nel capitolo II abbiamo affrontato il tema del rapporto tra l'istituto della proprietà privata e il potere sovrano attraverso l'analisi di tre possibili modelli. In essi abbiamo descritto la possibilità di una prevalenza del momento individuale, di una separazione in sfere diverse del diritto proprietario e del potere pubblico e, in ultimo, della subordinazione delle pretese possessorie alla sovranità statale. In questa sede, invece, analizzeremo la frantumazione di questi tre differenti dialettiche prendendo in esame alcune drastiche opposizioni ad esse. Ciascuna delle seguenti critiche nasce e si sviluppa all'interno del medesimo contesto culturale in cui sono sorti i tre ideal-tipi precedentemente individuati. Per questo motivo abbiamo deciso di privilegiare la sistematicità utilizzando una partizione che potesse costituire un ordine logico piuttosto che seguire un criterio cronologico. Gli autori e i relativi contributi teorici non saranno considerati in base al periodo storico in cui essi si sono affermati, bensì in corrispondenza delle aree culturali nelle quali sono andati ad imporsi. La divisione e la sequenza stesse dei paragrafi sono state meditate, pertanto, in maniera speculare a quella del capitolo precedente.

1. La crisi alla concezione individualista della proprietà: l'evoluzione del pensiero capitalista.

La concezione individualista e liberale della proprietà si trova ad affrontare una dura critica che giunge a porre le basi per il superamento del suo dogmatismo. Essa viene mossa nell'ambito di quella riflessione economico-giuridica che è strettamente legata alla nascita e alla affermazione del cosiddetto neo-capitalismo³⁴⁰. Tale

³⁴⁰ «Le néo-capitalisme est le système économique et social qui prédomine actuellement dans les pays occidentaux industriellement développés. Les caractéristiques fondamentales du système capitaliste est la propriété privée des moyens de production. Au

serie di ricerche, attinenti ad ambiti culturali tra i più disparati, ha gradualmente messo in crisi il semplice e monolitico impianto teorico della visione borghese del possesso, attraverso una doppia operazione: dapprima ponendo su due piani differenti la titolarità di un bene con l'effettiva amministrazione di esso; poi formulando una dottrina dell'interesse collettivo intimamente collegata allo sviluppo dell'economia capitalista, senza alcuna opposizione ideologica ai suoi principi e ai suoi valori. In questa sede ci soffermeremo sugli studi fondamentali e le teorie di maggior interesse che hanno caratterizzato la riflessione sulla nuova dimensione che la proprietà assumerebbe in un ambito economico e giuridico così trasformato³⁴¹.

Lo studio di Berle e Means rappresenta il definitivo punto di approdo tra la lettura classica e quella contemporanea del fenomeno proprietario nell'ambito dell'evoluzione del sistema capitalista. Esso si inserisce nel contesto culturale americano dei primi anni del XX secolo, periodo nel quale in ogni settore delle scienze umane sorgono importanti lavori, tutti volti a rivelare un nuovo modello di organizzazione politico sociale e, conseguentemente, una rinnovata visione, su un piano teorico delle relazioni personali e delle dinamiche della vita economica e giuridica³⁴². I due studiosi, riprendendo la

cours des trente dernières années, avec l'affirmation du néo-capitalisme, la propriété privée, bien que n'ayant pas été abolie, a perdu considérablement son importance sociale traditionnelle à la suite de deux importants processus de transformation: le premier concerne la structure interne des entreprises privées, une nouvelle catégorie sociale émerge progressivement, celle des managers qui exercent actuellement sur les grandes entreprises un contrôle majeur que celui exercé par les véritables propriétaires, les actionnaires. À travers la politique économique et sociale de l'État on a corrigé, mais pas éliminé, l'inégalité et l'injustice dérivent de la concentration de la richesse entre les mains de quelques capitalistes. » (C. CAPUTO, *Le capitalisme et son évolution*, Bologna 1983, p. 53n).

³⁴¹ In merito al passaggio dall'economia industriale del XIX secolo all'economia neo-capitalista del XX secolo, seguendo la ricostruzione storico-concettuale che Paul M. Sweezy compie, è possibile individuare quattro possibili linee di interpretazione che mirano tutte ad individuare una causa prima di tale epocale trasformazione. A) *Teoria della nuova concorrenza* – Lielienthal afferma che si passa da una concorrenza sui prezzi ad una concorrenza sui servizi e sulla qualità. Anche Schumpeter riteneva, del resto, che il progresso tecnologico era legato alle *corporations*. B) *Teoria della forza neutralizzante* – Galbraith soprattutto asserisce che ad un monopolio se ne contrappone un altro che equilibra il sistema (inganna il *laissez-fair*) C) *Teoria della "corporation" benefica* – la nota teoria di Berle e Means secondo la quale le società si caratterizzano non per la ricerca del massimo profitto ma per il perseguimento di interessi sociali. D) *Teoria dell'oligopolio incontrollato* – portato avanti da John Strachey essa sostiene che i profitti delle *corporations* rendono instabile l'economia. Necessita, in tal caso, l'intervento dello Stato. Cfr. P. M. SWEEZY, *Il capitalismo moderno*, Napoli 1972, p. 83-86.

³⁴² Per comprendere il clima culturale che attraversa i primi decenni del secolo scorso negli Stati Uniti tra le opere critiche e polemiche nei confronti dei protagonisti e

teoria della dissociazione tra la proprietà e il controllo già formulata da Veblen³⁴³, formulano una nuova concezione della *property* sulla scorta di un'indagine della realtà economica³⁴⁴. Essa è il risultato di un'analisi che mette in luce la differente dimensione socio-economica della proprietà piuttosto che gli aspetti di natura prettamente giuridica. La rivisitazione del fattore del possesso riguarda, pertanto, gli aspetti materiali della proprietà e, in maniera marginale, l'aspetto formale della sua regolamentazione. Due, soprattutto, sono i fenomeni da sottolineare: in primo luogo, la dispersione della proprietà fra una moltitudine di soggetti – circostanza che fa vacillare il dogma dell'accumulazione individuale. In seconda istanza, come conseguenza di ciò, il mutamento di funzione che la proprietà assume: da una funzione *attiva* – quella che il proprietario svolge attraverso il diritto di disporre di una serie di beni che hanno la possibilità di creare ulteriore ricchezza – ad una *passiva* – quella dell'azionista che possiede un titolo e non più beni materiali³⁴⁵. La proprietà “fisica”, dunque, non è più espressione della personalità dell'individuo né, kantianamente, l'estensione esterna della sua persona.

Alla luce di ciò, si può sintetizzare dicendo che tale sviluppo costituisce una vera e propria separazione tra proprietà e controllo, tra la titolarità giuridica e il potere effettivo sui beni. Un siffatto sdoppiamento fa emergere una nuova figura, quella del *manager*, che si contrappone, o spesso, diventa complementare a quella del proprietario³⁴⁶. La spersonalizzazione della proprietà nonché la divaricazione tra proprietario e proprietà contribuiscono alla nascita di una nuova istituzione, simile nei rapporti che essa instaura, allo Stato: la società commerciale³⁴⁷. All'interno della dialettica individuo-

delle nuove figure dell'economia americana basti pensare, in ambito economico agli scritti di Veblen e di Commons; in ambito sociologico, la ricerche di Ward, senza dimenticare il ruolo di autori come Holmes, Pound e Cardozo per quanto concerne più specificamente l'evoluzione del pensiero giuridico. Sul tema cfr. G. A. BRIOSCHI, *Introduzione* in A. A. BERLE-G. C. MEANS, *Società per azioni e proprietà privata*, trad. it, Torino 1966, p. XI.

³⁴³ VEBLEN, *Absentee Ownership and Business Enterprise in Recent Times, The case of America*, New York 1923. In verità, anche Keynes rileva la netta separazione tra l'interesse degli azionisti e l'amministrazione delle società per azioni parlando addirittura di “auto-socializzazione dell'impresa privata” (J. KEYNES, *La socializzazione della grande impresa azionaria*, in *Rivista delle società*, 1971, p. 667 e ss.; sul tema cfr. F. GALGANO, *Proprietà e controllo della ricchezza: storia di un problema*, cit., p. 682.

³⁴⁴ G. A. BRIOSCHI, *Introduzione*, cit., p. XII

³⁴⁵ Ivi, p. XIII-XIV.

³⁴⁶ Ivi, p. XIV

³⁴⁷ Utilizziamo questo termine per non limitare a “società per azioni” o “*corporation*” un concetto che, su un piano meramente teorico, merita una definizione più

Stato – che la filosofia hobbesiana aveva radicalizzato e la dottrina liberale aveva addomesticato per basarvi i propri principi – si inseriscono due figure “terze”, il dirigente e la società, che, da un lato, modificano l’assetto delle relazioni economico-sociali, dall’altro svuotano di significato il fondamento filosofico-giuridico del concetto di proprietà individuale. Quest’ultima non è più il cardine dell’ordinamento normativo, né, tanto meno, può rappresentare il centro di raccordo e di valutazione degli interessi sociali, ma, anzi, diviene una potestà subordinata ad un controllo “esterno” che modifica la sua natura dirigendo gli interessi individuali verso scopi determinati in altra sede e secondo modalità incontrollabili dai singoli. La società, in altre parole, produce un’altra forma di sovranità: le due coppie individuo-proprietario e Stato-sovranià vengono superate da una concezione della vita comune più complessa ed estremamente fluida³⁴⁸. La rottura della dialettica Stato-individuo porta all’inserimento del sistema economico istituzionalizzato, autonomo e concettualmente differenziato da quello statale nella vita dell’uomo contemporaneo. Nell’ambito proprietario ciò che non osa compiere lo Stato-liberale, ossia limitare il potere proprietario, lo fa il potere manageriale della società economica.

“Il paradigma della società per azioni” o *corporation* prevede che il controllo dell’attività sia nelle mani della direzione³⁴⁹. Il potere reale è, dunque, mantenuto dai dirigenti interni la cui attività si connota in particolar modo di due elementi fondamentali: in primo luogo il gruppo del *management* tende ad autorigenerarsi, producendo autarchicamente i propri “successori”; in seconda istanza la dirigenza di una società mira ad acquisire una indipendenza finanziaria che la svincoli contemporaneamente dalle ingerenze interne dei “proprietari” e dalle eventuali influenze esterne di altri soggetti³⁵⁰.

accurata; cfr. G. A. BRIOSCHI, *Introduzione*, cit., p. XVII. Sul distacco della proprietà dal possessore cfr. W. RATHENAU, *In Days to Come*, trad. ingl., London 1921, p. 120 e ss.

³⁴⁸ G. A. BRIOSCHI, *Introduzione*, cit., p. XIX-XX.

³⁴⁹ P. A. BARAN-P. M. SWEEZY, *Il capitale monopolistico. Saggio sulla struttura economica e sociale americana*, trad. it, Torino 1968, p. 15

³⁵⁰ Una problematica strettamente legata alla questione dell’indipendenza delle singole imprese è quella relativa ai cosiddetti “gruppi d’interesse”. Con tale definizione si fa riferimento alla formazione in determinati abiti del mercato e in determinati momenti storici di grandi gruppi di imprese gestiti da un unico proprietario. Il pericolo che questi enormi centri di potere economico rappresentavano per il regolare svolgimento del mercato ha portato, come noto, il legislatore americano, all’inizio del XX secolo, ad adottare una drastica politica anti-trust, operando in tal senso ad un vero e proprio smantellamento dei gruppi di interesse. Emblema di un così delicato mutamento di rotta è, senz’altro, la dissoluzione della Standard Oil Company del gruppo Rockefeller compiuto grazie alla legge

Sulla scorta di una tanto decisiva trasformazione la teoria economica tradizionale dell'imprenditore individuale alla ricerca del massimo profitto viene da più parti messa in discussione³⁵¹. In verità, ciò che costituisce l'effettiva frattura tra la vecchia visione liberale e l'irruzione delle società commerciali nel sistema economico capitalista non è tanto la crisi del "mito" del massimo profitto, dal momento che le società lo ricercano con ancora maggior interesse e capacità, ma il suo medesimo utilizzo³⁵². L'ideale borghese, in virtù di ciò, muta radicalmente: alla figura del "magnate", individualista per definizione, si va a sostituire quella del "manager", uomo di "organizzazione"³⁵³. L'impresa economica non è più il mezzo, ma il fine. Essa assorbe il momento economico e il momento etico. L'utilitarismo e l'individualismo che reggono la visione liberale della proprietà vengono messi in crisi dalla diversa considerazione della ricchezza e del mutamento strutturale del sistema capitalistico. Si assiste, per dirla con Habermas, ad un «trasferimento di funzioni social-integrative» in un sistema organizzativo parziale «che assolve in primo luogo funzioni di integrazione sistemica»³⁵⁴ tra i suoi membri e gli elementi ad esso esterno. Questo processo di istituzionalizzazione dapprima concerne il mercato del lavoro, poi e in maniera decisiva l'intera direzione e organizzazione delle relazioni economiche. Non solo, pertanto, il rapporto lavoratore-impresa, ma anche e soprattutto il dualismo dirigente-società. La ricchezza, lungi dall'essere unilateralmente gestita da un unico soggetto, viene ineluttabilmente divisa, nella sua amministrazione tra soggetti diversi che, a vario titolo, contribuiscono alla sua crescita, alla sua conservazione, al suo utilizzo e al suo godimento.

La separazione tra proprietà e controllo avviene anche laddove si ammettesse che i proprietari costituiscono la parte più rilevante

Sherman del 1911. Sul tema cfr. P. A. BARAN-P. M. SWEEZY, *Il capitale monopolistico*, cit., pp. 17-18.

³⁵¹ Oltre alla teoria di Berle e Means, la negazione della ricerca del massimo profitto avviene anche da parte di altri autori che sviluppano l'idea di una vera e propria "società etica". Tra tutti citiamo Carl Kaysen, che conia il termine *soulful*, Edward S. Mason, che postula il dominio dell'intero mercato da parte di un centinaio di società etiche e Herbert A. Simon, che attraverso una "teoria dell'organizzazione" sostituisce il massimo profitto con i "risultati soddisfacenti"; sul tema ancora P. A. BARAN-P. M. SWEEZY, *Il capitale monopolistico. Saggio sulla struttura economica e sociale americana*, cit., pp. 20-21.

³⁵² P. A. BARAN-P. M. SWEEZY, *Il capitale monopolistico. Saggio sulla struttura economica e sociale americana*, cit., p. 25

³⁵³ Ivi, p. 27

³⁵⁴ J. HABERMAS, *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, Roma-Bari 1979, p. 30.

della classe manageriale³⁵⁵. In altre parole anche quando vi è piena coincidenza tra proprietario e dirigente, l'istituzionalizzazione del sistema capitalistico, autonoma dalla sovranità statale, porta ad una inevitabile separazione di compiti. Ad una divaricazione piena tra le azioni compiute dal "proprietario" e quella messa in essere dal "controllore"³⁵⁶.

Le "società commerciali" hanno lo stesso orizzonte temporale dello Stato-sovrano. Esse non sono circoscritte nell'arco dell'esistenza individuale: la loro indeterminatezza finale contribuisce alla piena razionalizzazione della loro attività. Agli albori e durante lo sviluppo del capitalismo industriale, lo Stato è la *mens* che razionalizza il flusso delle individualità economiche attraverso il riconoscimento di un diritto rigido, secondo il modello continentale, o "fluido", come quello di ispirazione anglosassone. Quando il sistema riesce autonomamente ad organizzare una serie di relazioni stabili e una congerie di regole generalmente riconosciute ed efficaci, il ruolo dello Stato sovrano si riduce e l'istituto della proprietà diventa insufficiente per dirigere la vita economico-sociale e per rappresentare il semplice fondamento di un sistema più complesso che trova automatismi che scavalcano di gran lunga il problema del possesso, tanto da divenire, in taluni casi, esso stesso irrilevante o marginale. Il sistema filosofico liberale non va in crisi per la lotta di classe, ma per il mutamento dei principi che stanno alla sua base. Non esplode, secondo la profezia marxista, ma implode³⁵⁷. Implode, tuttavia, non in negativo, secondo la previsione schumpeteriana, ma a causa di una istituzionalizzazione dei suoi fondamenti in figure del tutto spersonalizzate e dis-individualizzate. La volontà e l'egoismo che muovono l'agire dei singoli si spostano verso interessi di altra natura che necessitano di un relazionarsi, in sede sociale, che prediliga la reciprocità piuttosto che la conflittualità "virtuosa" tipica della concezione liberale³⁵⁸. La razionalità

³⁵⁵ P. A. BARAN-P. M. SWEEZY, *Il capitale monopolistico. Saggio sulla struttura economica e sociale americana*, cit. p. 30.

³⁵⁶ Ivi, pp. 31-32

³⁵⁷ È curioso il fatto che, sebbene la dissociazione tra proprietà e controllo della ricchezza mette in crisi la teoria marxista dell'alienazione della classe lavoratrice, è proprio Marx, ne *Il Capitale*, a paventare, per primo, tale fenomeno, radicalizzando il processo di "monetizzazione" del capitale di impresa. Sul tema vedi K. MARX, *Il Capitale*, cit. p. 126; L. MENGONI, *Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa*, in *Rivista delle società*, 1958, p. 689; F. GALGANO, *Proprietà e controllo della ricchezza: storia di un problema*, cit., p. 685 e ss.

³⁵⁸ Si stabilisce, in altri termini, un rapporto di "mutuo rispetto" così come lo definisce Schumpeter nel suo saggio più noto. (J. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, trad. it., Milano 1965, p. 86). Ad etica di gruppo, solidarietà e aiuto reciproco

nell'amministrazione e nel governo della vita sociale che un ente unico come lo Stato può assicurare viene scardinata dalla «parzializzazione» delle istanze organizzative e sovrane³⁵⁹.

Il capitalismo borghese si istituzionalizza attorno al modello della società commerciale. L'individualismo viene relegato ad un luogo secondario e residuale. L'idea di una proprietà come calamita degli interessi dell'individuo comincia a vacillare. Alla proprietà e allo Stato non viene più associato, direttamente e unicamente, il potere³⁶⁰. L'esistenza, in ambito economico, di un numero considerevole di "azionisti" nonché l'affermazione, in ambito politico, di sistemi democratici sono l'emblema della frantumazione, seppur su un piano formale, dell'idea organica unitaria e accentratrice di proprietà e Stato. La dialettica proprietà-sovranià, individuo-società viene superata e ad essa si sostituisce un modello complesso all'interno del quale gli interessi dei singoli assumono diverse caratteristiche. Seppur la *property*, da un punto di vista giuridico-formale, rimane il nucleo centrale dell'ordinamento, da una angolazione politico-materiale, i suoi contenuti assumono un diverso significato. L'autonomia proprietaria in ambito giuridico è lo specchio dell'autoregolazione del capitalismo in ambito economico. Lo Stato minimo e la "mano invisibile" sono l'uno il riflesso dell'altra, ideali complementari che vanno in crisi, contemporaneamente, sotto i colpi della stessa scure. Il potere economico, dissociato dalla proprietà, perde il suo fondamento etico e la base della sua legittimazione giuridica³⁶¹. Esso, infatti, si tramuta in potere politico: un potere non statale e decentrato che è alla ricerca di un nuovo consenso e di una nuova legittimità³⁶². Le "proprietà" dei *managers* diventano gli istituti dello Stato, non più i beni materiali. Non è più la proprietà come mezzo e strumento di valutazione e confronto, ma il potere organizzativo, accentrato o

è dedicato un paragrafo anche nel già citato P. A. BARAN-P. M. SWEEZY, *Il capitale monopolistico. Saggio sulla struttura economica e sociale americana*, p. 43.

³⁵⁹ Schumpeter scrive " l'unità industriale gigante perfettamente burocrattizzata soppianta non solo l'azienda piccola e media e ne espropria i proprietari, ma soppianta in definitiva l'imprenditore ed espropria la borghesia, come classe destinata a perdere tanto il suo reddito, quanto (cosa molto più importante) la sua funzione" (J. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, p. 126 e ss.) ; sul tema cfr. F. GALGANO, *Proprietà e controllo della ricchezza: storia di un problema*, cit., p. 693; J. HABERMAS, *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, cit., p. 56.

³⁶⁰ F. GALGANO, *Proprietà e controllo della ricchezza: storia di un problema*, cit., p. 683.

³⁶¹ Ivi, p. 689.

³⁶² A. A. BERLE, *The 20th. Century Capitalism Revolution*, New York 1954, p. 60; F. GALGANO, *Proprietà e controllo della ricchezza: storia di un problema*, cit., p. 691.

decentrato, statuale o societario, il vero fulcro del sistema economico-sociale³⁶³. In un contesto politico come quello anglosassone in cui la legittimazione della sovranità avviene dal “basso” ed è, in ultima istanza, subordinata ad una serie di principi fondamentali e di diritti inviolabili appartenenti direttamente all’individuo, si apre una contraddizione insanabile tra il pluralismo economico e la sovranità popolare³⁶⁴.

La doppia separazione fra sovranità statale e autonomia economica e tra proprietà e funzione del capitale genera due nuove identità: quella tra la funzione economica e quella politica – la cui congiunzione avviene nelle mani della classe dirigenziale – e quella tra diritto di proprietà e funzione sociale, gestita e amministrata dalla stessa classe dirigenziale attraverso il perseguimento di finalità e scopi che travalicano l’interesse dell’individuo fino a trascinare nel campo del bene collettivo, tanto da alimentare l’auspicio, seppur utopico e nella prassi irrealizzato, di una partecipazione diretta dei cittadini alla gestione dell’attività produttiva³⁶⁵.

Chiariti gli aspetti di natura strettamente economica, le nuove relazioni tra economia capitalista e potere politico, tra sistema di produzione e ordinamento giuridico sono state ampiamente analizzate da John Roger Commons nel celebre saggio *Legal Foundations of Capitalism*³⁶⁶.

Il pensiero commonsiano può essere, anch’esso, tranquillamente ricondotto alla impostazione teorica di Veblen e, più in generale,

³⁶³ J. BURNHAM, *La rivoluzione manageriale*, trad. it., Torino 1992, p.67.

³⁶⁴ In verità tale eccezione può essere sollevata ed estesa a qualunque contesto politico- economico nel quale vengano il libero mercato, in campo economico, e un sistema democratico, in ambito politico. Sul ruolo che il pensiero democratico svolge nell’affermazione della società borghese e liberale su tutti cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992; Sul rapporto tra potere manageriale e democrazia politica cfr. G. C. MASON, *La grande impresa nella società moderna*, trad. it., Milano 1970, p. 27; F. GALGANO, *Proprietà e controllo della ricchezza: storia di un problema*, cit., p. 691.

³⁶⁵ Auspicio e previsione di una trasformazione in senso “democratico” della gestione dell’impresa nel capitalismo maturo è presente negli scritti di autori americani, quali Mason, Chayse e Brewster. Costoro hanno dedicato parte dei loro studi nella ricerca di un sistema più razionale e meno contraddittorio di amministrazione dell’attività economica, soprattutto nell’ambito delle società commerciali. Sul tema cfr. *La grande impresa nella società americana*, trad. it., Milano 1970, p. 39, 53 e ss., 104 e ss.; F. GALGANO, *Proprietà e controllo della ricchezza: storia di un problema*, cit., p. 691.

³⁶⁶ Lo scritto di Commons fu edito nel 1924, otto anni prima dello studio di Berle e Means. Tuttavia, per esigenze espositive abbiamo ritenuto più proficuo anteporre l’analisi di natura strettamente economica ad una più complessa e articolata per rendere più comprensibile nella sua totalità l’intero processo di trasformazione delle strutture giuridico-economiche e, in particolar modo, della proprietà privata. Tra gli scritti successivi di Commons citiamo tra tutti J. R. COMMONS, *Institutional Economics*, New York 1934.

alla corrente del cosiddetto “istituzionalismo americano”³⁶⁷. L’ “istituzione”, nel pensiero dello studioso americano è il prodotto della frammentazione dell’attività di controllo del potere economico e della funzione politica nonché lo spazio sociale all’interno del quale è possibile la determinazione “esterna” delle dinamiche economiche da parte dei cittadini. Operazione questa a cui Commons dà il nome di “azione collettiva”³⁶⁸. In altre parole, seguendo tale schema interpretativo, viene ipotizzata una nuova concezione relativamente al tema dei processi di costituzione e sviluppo della vita economica e giuridica. Questo *modus operandi* parte da due presupposti fondamentali: il primo che la scienza economica non può autonomamente né delineare la totalità dei comportamenti sociali, né ottimisticamente individuare e realizzare automatismi e strutture relazionali proprie senza che vi sia bisogno di interventi terzi da parte di una qualsiasi autorità politica. Essa, invece, necessita del supporto giuridico sia per condurre avanti l’analisi teorica, sia per rimediare alle inevitabili crisi che qualunque sistema economico periodicamente attraversa. Il duplice compito del giurista contemporaneo, dunque, è quello di elaborare la diagnosi e fornire la prognosi del processo di evoluzione del capitalismo. La parte analitica del lavoro di Commons riguarda proprio la ridefinizione delle tre ipostasi dell’economia capitalista: proprietà, libertà e valore. La tesi fondamentale della sua ricostruzione mira ad affermare il fatto che il mutamento del concetto di “valore” ha determinato nel tempo una evoluzione sostanziale del diritto di proprietà che connota il medesimo in maniera ben diversa da come il *Common law* lo aveva recepito e dal modo in cui lo aveva considerato – come visto ampiamente in precedenza – il paradigma dell’intero ordinamento giuridico³⁶⁹. La proprietà si è trasformata da diritto su “valori d’uso” a diritto su “valori di scambio”. La dottrina liberale tradizionale fonda l’intera architettura giuridica su una visione proprietaria che ha come oggetto beni materiali e fisici, tra i quali è

³⁶⁷ Il termine “istituzionalismo” può far sorgere, soprattutto nell’ambito della contesto giuridico italiano, pericolosi equivoci: non ci sentiamo, infatti in questa sede di azzardare eventuali e, crediamo, improbabili analogie tra gli istituzionalisti americani e quelli europei (tra i quali consideriamo, sia pure nella loro diversità, tanto Santi Romano quanto Hauriou, Gurvitch e Renard). Sul tema cfr. G. REBUFFA, *Analisi giuridica ed analisi economica. Per una rilettura di John Commons* in J. R. COMMONS, *I fondamenti giuridici del capitalismo*, trad. it., Bologna 1981, pp. 14-15

³⁶⁸ A tale concetto Commons dedica la sua ultima opera: *The Economic of Collective Action*. Cfr. G. REBUFFA, *Analisi giuridica ed analisi economica. Per una rilettura di John Commons*, cit., p. 18.

³⁶⁹ G. REBUFFA, *Analisi giuridica ed analisi economica. Per una rilettura di John Commons*, cit., p. 22

possibile comprendere anche la moneta, sebbene, come abbiamo visto, la sua funzione rimane sospesa tra l'uso e lo scambio. Successivamente, data la capacità che il *property law* ha sviluppato nel calamitare nel suo ambito la totalità delle istanze individuali, con l'evoluzione del sistema economico e sociale esso stesso è andato a regolare l'esercizio sui cosiddetti "beni invisibili", quali l'avviamento economico o le "capacità" individuali. Tale nuova categoria di *property* può essere riferita tanto a degli oneri, quanto a delle opportunità. Nel primo caso l'elemento caratterizzante sono gli obblighi che i soggetti contraggono nei confronti del soggetto proprietario; nel secondo, invece, sono i poteri e le libertà che gli stessi hanno nei confronti del possessore del bene in oggetto³⁷⁰. Stando alla classificazione commonsiana, l'*incorporal property* produce vincoli, la proprietà "intangibile" genera opportunità³⁷¹. In entrambi i casi appare con chiarezza che la proprietà diventa lo strumento per tessere una rete intricata di relazioni nonché il *fiat* che consenta di intraprendere una serie di attività economiche complesse, non riconducibili ad una netta separazione tra un soggetto titolare di un diritto ed un altro titolare specularmene di un relativo obbligo. La natura di queste nuove forme di *property* è assimilabile più facilmente a quella del diritto di libertà *tout court* che a delle vere e proprie istanze possessorie. Questa commistione tra libertà e proprietà ha portato al verificarsi di un fenomeno fondamentale: la negoziabilità e alienabilità di qualsiasi diritto soggettivo³⁷². Il risultato di un siffatto processo conduce ad una serie di riflessioni. *In primis*, assistiamo ad un rovesciamento di valori all'interno del *Common Law* e, più in generale, nell'alveo dell'intero pensiero individual-borghese. Se, infatti, l'intero impianto filosofico e il conseguente sistema giuridico si reggono sul dogma dell'esistenza di diritti assoluti, inalienabili e superiori a qualsiasi autorità sovrana, con l'affermazione della loro, seppur parziale, trasferibilità, evapora il valore fondamentale su cui essi si basano. *In secundis*, l'adozione delle misure giuridiche che consentono la qualificazione e la tipizzazione di una nuova categoria di beni tutelabili, avviene in sede giurisdizionale, attraverso le sentenze dei giudici. In altre parole quel potere giudiziario che avrebbe il compito basilare di adeguare il flusso perenne della vita

³⁷⁰ J. R. COMMONS, *I fondamenti giuridici del capitalismo*, cit., p. 72

³⁷¹ Ivi, p. 73.

³⁷² Rimane, ovviamente, l'impossibilità di alienare totalmente la propria libertà. Sul tema cfr. G. REBUFFA, *Analisi giuridica ed analisi economica. Per una rilettura di John Commons*, cit., p. 22.

sociale con i principi solidi e intangibili dell'ordinamento giuridico tradizionale, mediante questa sua opera, finisce per mettere in discussione essa medesima quei valori fondamentali che dovrebbe tutelare e applicare ad una realtà sempre in *fieri*.

La giurisprudenza delle Corti, in questa rinnovata visione, non ha più il semplice compito di preservare i diritti e tutelare le istanze dei singoli individui, bensì svolge una funzione più complessa più ambiziosa: essa non è più mero arbitro ma è un soggetto attivo che deve scegliere gli interessi da privilegiare nelle controversie processuali³⁷³. Controversie che non vertono più sul solo scontro tra due posizioni individuali e parziali, altresì mettono di fronte l'interesse del singolo e quello di un'intera comunità. Alla luce di ciò le tradizionali nozioni giuridiche vanno rilette e alcuni nuovi concetti attentamente analizzati. Il "contratto"³⁷⁴ non è più un semplice rapporto bilaterale, ma coinvolge, direttamente o indirettamente un terzo soggetto: quest'ultimo può essere identificato tanto con lo Stato – se si considera, ad esempio, l'intervento del giudice in un ipotetico litisconsorzio, ovvero l'intervento del legislatore che regoli una determinata materia – quanto una qualche "istituzione" che sia in grado di recepire o indirizzare comportamenti tipizzati in ambito sociale. Al ruolo "dominante" dello Stato, che risulta decisamente modificato rispetto al modello borghese, il più delle volte si aggiunge quello di una variegata serie di sistemi sociali che rappresentano strutture organizzate in grado di prevedere, regolare e risolvere conflitti tra i suoi stessi membri. Tali organizzazioni, a cui Commons dà il nome di *going concerns*³⁷⁵, pur essendo espressione di un particolarismo sistemico, hanno la funzione di canalizzare i comportamenti sociali e di uniformare interessi, scopi e volontà dei singoli individui in maniera sì sussidiaria, ma spesso più profonda e più capillare dello Stato stesso³⁷⁶. Strumento di tale attività di

³⁷³Ivi., p. 24

³⁷⁴ Con il termine contratto traduciamo il vocabolo inglese *transaction*. In verità, tale termine non ha un equivalente italiano. In altri casi è stato tradotto con "negozio" (cfr. G. GIUGNI, *Il "Ragionevole Capitalismo" di John Commons*, in *Il Mulino*, I, 1952, pp. 674-683). La parola contratto, considerando anche la legislazione italiana (art. 1367) richiama in maniera più diretta l'idea della bilateralità, o pluralità, dei rapporti giuridici privati e dunque, in sede critica, appare più efficace per connotare il contrasto tra la concezione tradizionale e la visione commonsiana. Sul tema cfr. G. REBUFFA, *Analisi giuridica ed analisi economica. Per una rilettura di John Commons*, cit., p. 25.

³⁷⁵ Cfr. J. R. COMMONS, *I fondamenti giuridici del capitalismo*, cit., p. 146 e ss.

³⁷⁶ Ciò che Commons chiama *going concerns* è l'inscindibile unione di due elementi, «una organizzazione produttiva, che produce valori d'uso, e una attività commerciale (*going business*) che determina valori di scambio» (J. R. COMMONS, *I*

armonizzazione e adeguamento sono le cosiddette *working rules*, norme di funzionamento la cui caratteristica è l'estrema elasticità della loro formazione e della loro stessa applicazione³⁷⁷. Mediante, infatti, l'utilizzo di regole autopoietiche all'interno del contesto economico-sociale, in un sistema giuridico come quello del *Common law*, si fornisce al potere giurisdizionale una fonte ausiliaria la cui forza, su un piano formale, è, ovviamente, inferiore rispetto alle norme che la *jurisprudence* applica tradizionalmente, sia che esse siano legate ai precedenti giudiziari, sia che essi siano frutto di giudizi di equità³⁷⁸; tuttavia, il confronto del giudice con queste norme che regolano autonomamente il sistema degli scambi e dei conflitti che da essi derivano, lo costringe ad una scelta giuridica che, automaticamente, indirizza la *collective action* verso determinati scopi e verso la tutela di determinate posizioni. La dialettica tra i *going concerns* e il potere giudiziario modifica radicalmente, nel tempo, rapporti, istituti e, soprattutto, i principi che costituiscono la base dell'ordinamento giuridico nel suo complesso.

Per quanto concerne la *property*, si assiste ad un vero e proprio ribaltamento concettuale. La definitiva considerazione della proprietà come diritto su un valore di scambio modifica radicalmente la regolamentazione che il potere statale compie nei suoi riguardi³⁷⁹. Il significato della proprietà non risiede più, solamente, nel possesso di

fondamenti giuridici del capitalismo, cit., p. 70). L'idea di un sistema sociale che sia capace di produrre, in ambiti diversi, circoscritti e autoreferenziali, regole autonome destinate esclusivamente ai propri membri viene sviluppata, come noto, in un ambito più ampio da Niklas Luhmann. Lungi dall'azzardare suggestivi quanto impropri paragoni o confronti, ci limitiamo a segnalare una sfumatura di un discorso teorico che supera i confini del mondo economico-giuridico per trovare ampio spazio in un ambito sociologico generale di più vasta portata e di contenuti più complessi. Di Luhmann soprattutto cfr. N. LUHMANN, *Sistemi sociali*, trad. it., Bologna 1984, pp. 59 e ss., ID., *I diritti fondamentali come istituzione*, trad. it., Bari 2002, p. 177 e ss. Sull'impianto teorico di Luhmann fra tutti cfr. F. BELVISI, *Niklas Luhmann e la teoria sistemica del diritto*, in *Filosofi del diritto contemporanei*, a cura di Gianfrancesco Zanetti, Milano 1999, pp. 221-245.

³⁷⁷ J. R. COMMONS, *I fondamenti giuridici del capitalismo*, cit., p. 148; cfr. sul tema G. REBUFFA, *Analisi giuridica ed analisi economica. Per una rilettura di John Commons*, cit., p. 27.

³⁷⁸ Nel'ambito del diritto americano si è parlato addirittura da un passaggio dall'*equity* al modello del cosiddetto *instrumental conception of law*; sul tema cfr. M. J. HORWITZ, *The Transformation of American Law*, Cambridge 1977; G. REBUFFA, *Analisi giuridica ed analisi economica. Per una rilettura di John Commons*, cit., p. 33.

³⁷⁹ Secondo Commons la pietra miliare di questo definitivo e decisivo cambio di rotta è rappresentata, nel diritto giurisprudenziale americano, dalla sentenza della Suprema Corte in merito al caso *Munn. vs Illinois* del 1876. In quella circostanza la Corte diede ragione allo Stato dell'Illinois che aveva limitato l'uso dell'esercizio della proprietà, fissando i limiti massimi delle tariffe praticabili da un'impresa in regime di semi-monopolio; cfr. J. R. COMMONS, *I fondamenti giuridici del capitalismo*, cit., p. 60.

una cosa, ma nella libertà di poter compiere determinate attività³⁸⁰. L'accento non va, dunque più posto sul potere del proprietario, bensì sulla sua capacità di agire e di produrre attività di scambio. Liberato dal rigido schema del diritto esclusivo di godimento, l'esercizio della proprietà si realizza in una azione la cui valutazione, lungi dall'identificarsi con un riconoscimento *ante rem* da parte dello Stato sovrano, viene, di volta in volta, compiuta secondo criteri discrezionali dell'autorità statale. In definitiva, nell'ambito del *Common law*, il potere giurisdizionale fissa i limiti dell'esercizio del diritto di proprietà attraverso la considerazione del suo "valore ragionevole", il cui riscontro avviene tenendo conto, in primo luogo, dell'interesse pubblico e del bene collettivo³⁸¹. La proprietà e la libertà sono identificabili in un unico concetto, essendo la proprietà espressione di una libera attività di utilizzo e di scambio, essendo la libertà oggetto del diritto di proprietà, in quanto bene soggetto a possibili transazioni³⁸². Entrambe, secondo la loro nuova concezione, non sono più beni indisponibili ma, anch'esse sono soggette al *police power*, alle limitazioni che l'amministrazione statale ritiene di doverle sottoporre³⁸³.

La problematica degli interventi statali limitativi dell'esercizio dell'uso e del godimento della proprietà in un sistema di *Common Law* potrebbe apparire più attuale nel diritto americano nell'ambito dell'ordinamento britannico, per effetto dell'adozione, oltreoceano di una costituzione scritta. In verità, se è pur vero che l'assorbimento di più principi e di diritti, ipoteticamente configgenti, in unico *corpus* legislativo – quale è la Costituzione – che li pone ad uno stesso rango, rappresenta un carattere distintivo non sottovalutabile, le limitazioni al diritto di proprietà vanno lette in un'altra ottica.

Il semplice "ostacolo" posto all'esercizio della proprietà non costituisce di per sé una definizione della sua funzione sociale. Il conflitto tra due posizioni risolto, in sede giurisprudenziale o in sede legislativa non consta differenza, a scapito del diritto di proprietà rappresenta, senz'altro, un momento di riflessione sul tema del possesso e un tentativo di ricollocazione, all'interno di un determinato ordinamento. Tuttavia, il valore della funzione sociale non si realizza soltanto mediante l'applicazione di criteri di ragionevolezza o con una

³⁸⁰ J. R. COMMONS, *I fondamenti giuridici del capitalismo*, cit., p 70.

³⁸¹ G. REBUFFA, *Analisi giuridica ed analisi economica. Per una rilettura di John Commons*, cit., p. 29.

³⁸² J. R. COMMONS, *I fondamenti giuridici del capitalismo*, cit., p 71

³⁸³ G. REBUFFA, *Analisi giuridica ed analisi economica. Per una rilettura di John Commons*, cit., p. 32.

diversa ponderazione delle istanze giuridiche; esso può venire alla luce esclusivamente attraverso una formulazione rinnovata della proprietà stessa. In particolare diventa necessaria una nuova “giustificazione”, che non sia riconducibile, però, ai vecchi paradigmi precedentemente individuati, ma che sia, invece, fortemente ancorata al suo stesso esercizio ed alle potenzialità che essa medesima può esprimere. In breve, ciò che conta è la sua *vis activa*, e non, come rilevato nello studio di Commons, la sua *vis passiva*. Sebbene, infatti, i due aspetti non sono diametralmente separati ma, spesso, complementari, piuttosto che il suo rango, sono il suo ruolo specifico, la disciplina e le finalità che la proprietà può raggiungere gli elementi attraverso i quali è possibile connotare la sua funzione sociale.

Inoltre, l'adozione di una Costituzione scritta che annoveri, tra i suoi principi e i diritti fondamentali quello di proprietà non necessariamente consente di compiere quel passo decisivo per l'affermazione della funzione sociale³⁸⁴. Se si legge, ad esempio, il XIV Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti³⁸⁵, si può scorgere in essa la classica definizione liberale di un diritto il cui unico scopo è la sua mera tutela di fronte all'operato del legislatore ordinario e delle corti. Le limitazioni della proprietà derivano dalla comparazione di più diritti. Ciò che appare, nell'analisi commonsiana della giurisprudenza americana, è la valutazione di un interesse pubblico opposto ad un interesse privato: un passo in avanti relevantissimo ma non sufficiente a riformulare del tutto l'idea del *property law*.

Quest'ultima, malgrado gli sforzi teorici e l'acutezza dell'analisi, appare, tuttavia, intrappolata all'interno dell'involucro dialettico individuo-Stato, vincolata ad una valutazione

³⁸⁴ In verità, la giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti, attraverso la lettura combinata del V e del XIV emendamento, soprattutto negli anni '30, avrebbe modificato in maniera determinante la qualificazione generale del *property law*. In conseguenza di ciò c'è chi ha ipotizzato il compiuto passaggio, mediante l'opera di continuo adeguamento della giurisprudenza costituzionale, dalla “legal property” alla “social property”; cfr. B. ACKERMANN, *Private Property and the Constitution*, New Haven-London 1977, p. 41 e ss., p. 163 e ss.

³⁸⁵ « All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws. » (US Federal Constitution, Amendment XIV, Section 1 (*Ratified July 9, 1868*)).

giurisprudenziale che, seppur in negativo, trae origine, sempre e comunque, da una considerazione di posizioni singolari e incidentali. Se, dunque, in ambito sociologico o attraverso la lente dell'indagine economica è possibile rilevare elementi di trasformazione decisivi per costruire una rinnovata concezione dei rapporti intersoggettivi, delle dinamiche sociali, della gestione della ricchezza e delle implicazioni che, inevitabilmente, esse hanno nel contesto normativo privatistico, proprio in un ambito prettamente giuridico si assiste ad un diverso inquadramento della proprietà, ad una riqualificazione senz'altro importante delle istanze possessorie. Nonostante ciò, però, l'idea autentica di funzione sociale, l'affermarsi di quel mutamento di paradigma che consenta una rilettura complessiva del problema proprietario, della sua posizione nell'ordinamento giuridico e della relazione con gli istituti di diritto privato e diritto pubblico considerati nel loro complesso, trova spazio in ambiti culturali diversi e grazie alla riflessione di autori appartenenti alla tradizione filosofico-giuridica continentale: su tutti Leon Duguit e Otto von Gierke.

2. La funzione sociale della proprietà nel pensiero di Lèon Duguit

a) L'analisi filosofico-giuridica di Lèon Duguit può essere ricondotta ad una critica dal duplice volto e ad un'affermazione teoretica altrettanto ambivalente. Se la *pars destruens* del suo pensiero, infatti, mira a colpire il soggettivismo giuridico nella doppia versione della sovranità statale e della proprietà individuale, la *pars construens*, invece, è volta a sostenere l'idea di una solidarietà che costituisca il motore immobile della vita dell'uomo nella collettività e di un possedere vincolato al concetto di "funzione sociale" piuttosto che affermato come un diritto assoluto. Questa "formula magica", che con tanto vigore è stata sostenuta in tutto il suo percorso filosofico, soprattutto negli scritti dedicati specificamente alle questioni del diritto privato e le sue trasformazioni, non rappresenta un caso isolato nella lunga storia della dottrine sulla proprietà privata³⁸⁶. Tuttavia la sua teoria presenta aspetti peculiari, strettamente legati a quel concetto di solidarietà di ispirazione comtiana la cui elaborazione, come è stato acutamente rilevato³⁸⁷, ha costituito, a cavallo tra la fine del secolo XIX e l'inizio del XX, il terreno fertile di una ricerca filosofica volta ad introdurre una "terza via" tra l'individualismo radicale settecentesco e il nascente socialismo ottocentesco.

A riguardo va notato che la posizione del giurista di Bordeaux, pur avendo analoghi bersagli polemici, si presenta immediatamente distante sul piano dialettico con il pensiero socialista, sia quello generalmente definito utopistico³⁸⁸ sia quello di più chiara matrice

³⁸⁶ La funzione sociale della proprietà è un concetto che trova i suoi illustri antenati soprattutto nel pensiero cristiano. Se da più parti questa definizione viene attribuita a Tommaso d'Aquino, va notato che già nel dibattito tra i Padri della Chiesa tra il IV e V sec. d.C. emergeva, se non con questo termine, un orientamento di questa natura, in particolar modo negli scritti di Giovanni Crisostomo (cfr. L. ORABONA, *Cristianesimo e proprietà*, Roma 1964). Tuttavia lo stesso Duguit assegna la paternità, quanto meno in chiave "moderna", al discorso di Robespierre alla Convenzione del 24 aprile del 1789 (cfr. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'État*, Paris 1930, p.612 e ss.).

³⁸⁷ P. COSTA, *Proprietà e cittadinanza nell'Europa moderna: una mappa tematica*, cit., pp.57-58..

³⁸⁸ Per socialismo utopistico si fa riferimento a tutte quelle dottrine filosofiche che da Babeuf fino a Proudhon hanno caratterizzato la prima metà dell'Ottocento. Questo variegato ma, tutto sommato, organico filone di pensiero, che comprende anche l'opera di Saint-Simon (il cui richiamo risulta in alcuni frangenti piuttosto importante nella lettura dei testi duguitiani), è stato efficacemente definito "socialismo razionale" (cfr. G. SOLARI,

marxista. Il distacco è determinato da tanti aspetti, vuoi per ragioni di carattere puramente teorico vuoi per il tipo di conclusioni che l'autore de *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*³⁸⁹ raggiunge. Ma il punto di rottura di maggior rilievo con le dottrine socialiste, a parer nostro, va individuato nel tipo di indagine compiuta. Se il socialismo di prima generazione nasce da esigenze di carattere politico e sociale, sull'onda e nell'intervallo delle due rivoluzioni (1789-1848), se il pensiero di Marx e dei suoi adepti scaturisce da un'analisi di natura prevalentemente economica³⁹⁰, il pensiero di Duguit è pervaso fin dall'inizio da una consapevole e continua ricerca di matrice marcatamente filosofico-giuridica. Questo diverso taglio, come vedremo più avanti, porta con sé notevoli implicazioni inerenti, principalmente, proprio alla dottrina proprietaria e ai suoi sviluppi.

Per quanto riguarda il rapporto tra l'opera di Duguit ed il pensiero giuridico di stampo individualista che in Francia si afferma negli anni appena successivi alla rivoluzione del 1789, è stato autorevolmente sostenuto che l'opera duguitiana vada inserita nella rivolta contro il formalismo legale³⁹¹, contro, soprattutto, i principi elaborati dalla Scuola dell'Esegesi³⁹² nell'ambito del dibattito successivo alla promulgazione del Code Napoléon del 1804.

Socialismo e diritto privato, Torino 1901, p. 232 e ss.). Pur preferendo nel testo la formula tradizionale, in termini dialettici il rapporto tra Duguit e tali autori è forse meglio rappresentata dalla definizione di Solari.

³⁸⁹ Fino a qualche decennio fa questo è l'unico testo tradotto interamente in italiano a cura di Luigi Bagolini, Firenze 1950. Il titolo originale dell'opera in questione è *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Paris 1908. Oltre a questo lavoro è da citare, tra le opere tradotte, la recente pubblicazione di una antologia di scritti: *Léon Duguit Le trasformazioni dello Stato*, Antologia di scritti a cura di Augusto Barbera, Carla Faralli e Massimiliano Panarari, Torino 2003, nonché il recentissimo L. DUGUIT, *Sovranità e libertà*, a cura di Vincenzo Rapone, Torino 2007.

³⁹⁰ Cfr. G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato*, cit., p. 250 e ss.

³⁹¹ Cfr. R. TREVES, *Sociologia del diritto. Origine, ricerche, problemi*, Torino 1996, p. 103 e ss.; Cfr. C. FARALLI, *Léon Duguit filosofo del diritto*, in Léon Duguit *Le trasformazioni dello Stato*, cit., p. 27.

³⁹² Per Scuola dell'esegesi intendiamo quel circolo di giuristi francesi che, dai primi anni dell'Ottocento fino quasi alla fine del secolo, attraverso diverse tappe ed alterne fortune, si dedicarono ad una interpretazione esegetica della materia codicistica. I caratteri fondamentali di questa scuola possono essere riassunti in una concezione rigidamente statualistica del diritto, nell'identificazione dell'intero diritto con la legge positiva e nella affermazione della completezza dell'ordinamento giuridico. Per un ulteriore approfondimento cfr. J. BONNECASE, *L'école de l'exégèse en droit civil*, Paris 1924; CHARMONT – CHAUSSE, *Les interprètes du Code civil*, in *Livre du centenaire*, Paris 1904.

Non a caso, il primo e principale affondo del giurista di Bordeaux è rivolto contro la nozione di diritto soggettivo nel duplice significato che egli gli attribuisce. Tale critica va immediatamente ascritta alla crociata anti-metafisica che Duguit intende combattere, principalmente, su tre fronti: il primo campo di battaglia è, per l'appunto, il soggettivismo giuridico; il secondo è rappresentato dalla sovranità statale, intendendo questa come l'altra faccia di quel Giano bifronte rappresentato dal diritto soggettivo. All'origine di questa nozione, infatti, secondo il giurista francese, attraverso la lettura del lascito che la tradizione romanista ci ha consegnato, è possibile individuare due tipi di diritto soggettivo: l'*imperium*, il cui titolare sarebbe la collettività, il *dominium*, i cui titolari sarebbero i singoli individui³⁹³. In altri termini sovranità e proprietà rappresentano due varianti di un unico disegno teorico, due maschere che esprimono e, al tempo stesso, nascondono una sostanziale unità concettuale³⁹⁴. Lo sforzo del giurista francese, pertanto, è profuso nel tentativo di sottomettere queste due nozioni di ordine metafisico alle regole di un diritto che non sia a sua volta espressione di una idea di matrice giusnaturalistica, ma il risultato di un'attenta analisi empirica di natura sociologica se non addirittura antropologica. In terza ed ultima istanza va annoverata la critica all'idea di libertà connessa alla nozione di diritto, che Duguit sostituisce con il concetto di libertà-funzione.

b) A monte di tale operazione, il punto cardinale della sua analisi è costituito dal superamento del dualismo tra individuo e collettività, che non avviene né con il sopravvento dell'uno sull'altro né con la risoluzione del primo nel secondo. La dicotomia evapora con la scomparsa del diritto soggettivo. La polarizzazione, quindi, non è valutata alla stregua di uno sdoppiamento concettuale da ricondurre ad un'unità ontologica³⁹⁵, ma viene piuttosto eliminata dal campo di indagine, considerata alla stregua di un riflesso dell'ipotesi principale del diritto soggettivo³⁹⁶.

³⁹³ Il dualismo *imperium – dominium* rappresenta un *dejà vu* nella storia del pensiero giusfilosofico francese. Come non ricordare a riguardo le analoghe nozioni che, prima Bodin, poi Portalis, mettevano in luce tale relazione.

³⁹⁴ A. MESTRE, *Remarques sur la notion de propriété d'après Duguit* in « Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique », 1932, p. 169.

³⁹⁵ Cfr. H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 78 e ss.

³⁹⁶ E' interessante, a riguardo, osservare il modo in cui vengono considerati i diritti umani. Essi, infatti, vengono definiti come il prodotto di un sistema filosofico di natura teologico-metafisico, come espressione di una ideologia antisociale volta ad affermare l'individualità, senza preservare, autenticamente, la singolarità, l'unicità di ogni io

Il diritto soggettivo viene definito, classicamente, come un potere riconosciuto ad una persona d'imporsi come tale ad altre persone. Ma, subito dopo, tale definizione viene arricchita di elementi e di considerazioni che ne mutano la configurazione, sia sul piano filosofico che su quello giuridico. Egli, prendendo spunto dalle riflessioni di Jellinek, sottolinea immediatamente l'influenza del pensiero hegeliano su di un concetto giuridico la cui solida base è costituita dalla "rigida armatura"³⁹⁷ della tradizione giuridica romana; la rappresentazione del diritto soggettivo come un potere di una volontà, collettiva o individuale, appare agli occhi di Duguit come la manifestazione estrema della sua natura metafisica e scolastica. Rimodulando il laconico giudizio di A. Comte³⁹⁸, il giurista francese giunge a due fondamentali conclusioni: in primo luogo afferma l'impossibilità di concepire il diritto soggettivo senza presupporre l'esistenza di un potere sovraterreno che lo giustificasse, giustificazione sia di ordine fisico che di ordine morale. Così il potere di volontà, sia che lo si consideri come un *Wollenkommen*, sia che lo si definisca come un *Wollendiirfen*, ricade, inevitabilmente, in un ambito prettamente metafisico³⁹⁹. In secondo luogo egli considera l'impossibilità, per il diritto soggettivo, di poter reggere di fronte alla positivizzazione del sapere. Su questo punto è necessario destare molta attenzione per sgombrare il campo da possibili equivoci di carattere teorico o semplicemente terminologico. Il richiamo già più volte menzionato al Comte costituisce una precisa coordinata filosofica, la base sicura per compiere una nitida lettura di questo aspetto cardinale del pensiero di Duguit. In altre parole è possibile sostenere che il giurista di Bordeaux si preoccupi di liquidare il feticcio della soggettività giuridica per fare *tabula rasa* degli elementi metafisici nel contesto della sua indagine conoscitiva, non già per far confluire la sua teoresi nella affermazione del primato di un diritto positivo slegato da qualsiasi vincolo di ordine morale o teologico, ma piuttosto per intraprendere un'analisi sui fatti che costituiscono il fondamento del diritto, ossia su quelle regole necessarie che sono alla

empirico. L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Paris 1908, p.60.

³⁹⁷ L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Paris 1908, p. 59.

³⁹⁸ A. COMTE, *Système de politique positive*, Paris 1890, p. 361.

³⁹⁹ Il discorso sul potere di volontà, tuttavia, assume particolare rilievo nel momento in cui Duguit indirizza i propri strali polemici contro la dottrina tedesca del diritto pubblico. Cfr. L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Paris 1908, p. 57 e ss.

base del vivere umano, quelle regole che Duguit racchiude nella definizione di solidarietà.

Tuttavia, bisogna sottolineare che lo sguardo del giurista di Bordeaux non ha la stessa intensità quando c'è da analizzare e soprattutto da definire i soggetti titolari del tanto bistrattato diritto; sembra quasi che la cosa vada da sé, scontata, inutilmente approfondita. Da ciò possiamo dedurre due importanti implicazioni: se per un verso il problema si configura di natura gnoseologica più che filosofico – giuridico, dall'altro emerge una sorta di “lacuna” in quest'analisi, laddove la preoccupazione di Duguit sembra ricadere soltanto sull'oggetto del diritto soggettivo, senza prestare alcuna attenzione al concetto di persona che viene automaticamente postulato alla base della sua nozione, in senso negativo e quanto mai superficiale.

Il diritto soggettivo, sotto la lente severa di Duguit, viene osservato, come detto, alla stregua di una nozione di ordine metafisico⁴⁰⁰ il cui valore, nella teoria e nella pratica giuridica, è quello di un mero strumento tecnico, “un momento della storia eternamente mutevole delle istituzioni e delle idee”⁴⁰¹. Sancendo il tramonto di tale figura, sia come istituto giuridico sia come concetto filosofico, Duguit ha ben chiari sotto i suoi occhi i pericoli di questa demolizione, tanto è che chiarisce subito la sua intenzione di non voler sprofondare nel baratro di un nichilismo giuridico⁴⁰², nel regno dell'indifferenziato, nella dimensione dell'anonimato senza individuo e senza collettività⁴⁰³; la sua prima preoccupazione, a tal riguardo, è quella di ancorare l'intero sistema diritto nel porto franco della solidarietà, alla regola necessaria, e non etica, del vivere sociale. La definizione che egli cerca di dare alla sua solidarietà si differenzia sensibilmente dal concetto elaborato in precedenza da altri studiosi a lui contemporanei⁴⁰⁴. Essa non è rappresentata come un dovere morale, bensì come un fatto, una peculiarità naturale; tale definizione, tuttavia, non è presentata come una riproposizione meccanica dell'uomo *zoòn politikòn* di matrice aristotelica, ma è piuttosto la

⁴⁰⁰ L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, cit., p.45 e ss.

⁴⁰¹ Ivi., p. 46.

⁴⁰² Cfr. N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma – Bari 2004, pp. 7-14.

⁴⁰³ Cfr. B. ROMANO, *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo “perfetto”*, Torino 2005, p. 45-49.

⁴⁰⁴ I punti di riferimento di Duguit sono Darlu, Rauh, Gide ma soprattutto Bourgeois (cfr. *Essai d'une philosophie de la solidarité, conférences et discussions*, Paris 1901-1902.)

presa d'atto della incapacità dell'individuo di bastare a se stesso; è la dimostrazione inconfutabile, pertanto, della necessità di costruire una vita comune per soddisfare le proprie necessità e i propri desideri. In relazione a quest'ultimo passaggio, appaiono fin troppo evidenti le suggestioni derivanti dalle ricerche sociologiche di Durkheim, la cui influenza viene esplicitamente ammessa a più riprese dal giurista francese⁴⁰⁵. Il legame con il suo maestro e collega presso l'Università di Bordeaux emerge con particolare forza in quella distinzione tra solidarietà per somiglianza, che nasce dalla coscienza di possedere bisogni comuni da parte di ciascun uomo, e solidarietà per la divisione del lavoro, che ha origine dalla constatazione del fatto che ogni individuo ha, al tempo stesso, attitudini e bisogni differenti il cui soddisfacimento può soltanto avvenire attraverso un reciproco scambio di servizi⁴⁰⁶. Il richiamo alla durkheimiana dicotomia solidarietà meccanica – solidarietà organica sullo sfondo comune della *division du travail* è nitidamente rilevabile⁴⁰⁷.

La vita in società, dunque, è una realtà data, l'unica esistenza possibile. Delimitando, poi, il campo di azione del diritto alle manifestazioni esteriori della volontà umana e relegando la morale alla considerazione di pensieri e dei desideri interiori dell'uomo, egli tenta da un lato di non far ricadere in una semplice quanto ingenua aspirazione etica la sua regola sociale, dall'altro di non riaffermare con rinnovata forza le istanze giusnaturalistiche tanto contrastate, di non scivolare nell'insidioso e "odiato" terreno della metafisica. Il diritto per Duguit è un fatto "mutevole come le società umane"⁴⁰⁸.

c) Prima di intraprendere un dovuto approfondimento sul rapporto diritto – morale, torniamo, per un istante al nodo centrale della critica del nostro autore.

Se l'attacco all'individualismo viene messo in atto mediante la critica della codificazione e del diritto civile da esso derivante, nello

⁴⁰⁵ L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris 1908, p. 23-62. Tuttavia Duguit, pur riconoscendo l'eredità del maestro in una nota a p. 23 così si esprime " In questo capitolo ci siamo ispirati al bel libro di DURKHEIM, *De la division du travail social* (1893), anche se non condividiamo molte idee che vi vengono esposte".

⁴⁰⁶ Ivi, p. 80 e ss.

⁴⁰⁷ E. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, trad. it., Milano 1962, p. 144 e ss.

⁴⁰⁸ L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, cit., p. 50.

scagliarsi contro l'assolutismo della sovranità statale, il suo riferimento dialettico è la dottrina tedesca del XIX secolo⁴⁰⁹.

Il primo nemico diventa, dunque, proprio il *Code*, quale espressione di quell'immobilismo legalista tanto aborrito, di quella forma morta che imbriglia, dall'alto, il libero fluire dell'umano progresso, che tenta vanamente di arrestare l'evoluzione della vita economica e sociale⁴¹⁰. La chiave di volta che regge l'intera struttura codicistica, sotto i suoi aspri attacchi, appare, seppur formalmente solida, sempre più materialmente flebile. Attaccare sul piano giuridico il diritto soggettivo significa, in definitiva, minacciare la base filosofica su cui esso si sostiene, ossia l'individualismo borghese, attraverso un'indagine di tipo filosofico che abbia come oggetto l'uomo nel suo necessario rapporto con la collettività.

Il secondo bersaglio della critica duguitiana, come precedentemente anticipato, diviene ben presto il potere pubblico, concepito o quanto meno inteso come diritto soggettivo. In tale ambito, il rilievo critico che egli muove contro la dottrina tedesca del diritto pubblico ha come oggetto il concetto di Stato che da essa viene sostenuta. Pur riconoscendo a Gerber⁴¹¹ di aver posto un limite giuridico al potere statale, pur apprezzando il tentativo di Jhering⁴¹² di sottomettere la volontà alla legge, Duguit ritiene che gli esponenti della scuola, su tutti Georg Jellinek, avallino una concezione ancora individualista, per quel che riguarda l'uomo e i suoi diritti, ed ancora assolutista, per ciò che concerne lo Stato e i suoi poteri. Nonostante vada ad essi riconosciuto il merito di essersi emancipati da una visione paternalistica del potere pubblico, le loro dottrine non rappresentano altro che la traduzione giuridica della filosofia politica di Hegel⁴¹³. L'auto-limitazione della volontà statale, tanto invocata dall'autore di *Allgemeine Staatslehre*, resta, secondo l'opinione del giurista francese, una pia illusione.

⁴⁰⁹ L. LE FUR, *Le fondement du Droit dans la doctrine de Léon Duguit*, in « Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique », cit., p. 190.

⁴¹⁰ G. MORIN, *L'œuvre de Duguit et le droit privé* in « Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique », cit., p. 155.

⁴¹¹ L. DUGUIT, *La doctrine allemande de l'auto-limitation de l'Etat*, in *Revue de Droit Public*, p. 161 e ss.; cfr. C. v. GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, 1865, p. 41 e ss.

⁴¹² L. DUGUIT, *La doctrine allemande de l'auto-limitation de l'Etat*, cit., p. 164 e ss.; cfr. R. JHERING, *Lo scopo del diritto*, cit., pp. 364 e ss.

⁴¹³ L. DUGUIT, *La doctrine allemande de l'auto-limitation de l'Etat*, cit., p. 163.

Partendo, poi, proprio da alcune definizioni tratte dagli scritti di Jellinek ed di Esmein⁴¹⁴, la giustificazione del potere pubblico, nel contesto delle dottrine tradizionali, viene da lui ricondotta, bruscamente, a due sole ipotesi: o alla sua origine divina o all'esistenza di una sovranità nazionale. Liquidata rapidamente la prima senza bisogno di particolari motivazioni, già insite nei presupposti logici e metodologici del suo pensiero, Duguit si sofferma sul secondo concetto offrendoci un interessante contributo per comprendere il suo argomentare. In primo luogo, infatti, seguendo la scia delle critiche saintsimoniane e comtiane, considera vuota qualsiasi definizione di sovranità nazionale o volontà generale, intendendo queste come descrizioni fatue di un corpo sociale che diventa persona attraverso la "spersonalizzazione" dei singoli individui, la loro scomparsa, virtuale e fattuale, nell'anonimato di un concetto di Stato che si presenta ancora una volta come mera finzione o come antagonista ideologico di una visione teologica e trascendente del potere⁴¹⁵. Più che l'aperto attacco al contrattualismo, specie quello di stampo roussoviano – laddove la volontà generale viene definita senza mezzi termini come un "puro sofisma"⁴¹⁶ – ciò che salta agli occhi con maggior evidenza è il tentativo ancora una volta preponderante di voler eliminare qualsiasi elemento di natura metafisica dal discorso filosofico-giuridico; ancora una volta la sua maggiore preoccupazione consiste nello scovare i presupposti ideologici delle tradizionali e dominanti teorie sulla sovranità che puntualmente individua nel concetto di anima collettiva⁴¹⁷, elaborazione spuria, figlia di un retroterra culturale legato ad una visione filosofica trascendente e teologizzante. Il risultato della sua indagine critica, in una prospettiva filosofica positivista è proprio quella di respingere qualunque posizione ideologica in merito alla concezione del potere pubblico come diritto soggettivo, considerando alla sua base come unico elemento il fattore forza. Quest'ultimo non va però confuso con la forza del numero che, in alcuni fondamentali passaggi nei quali Duguit fa riferimento alla realtà parlamentare della Francia repubblicana del suo tempo, viene puntualmente svelato nella sua falsità dogmatica e stigmatizzato come pericoloso strumento

⁴¹⁴ Cfr. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, II ed., Berlin 1906, p. 446; cfr. ESMEIN, *Droit constitutionnel*, IV ed., p. I.

⁴¹⁵ Cfr. SAINT –SIMON, *Du système industriel. I.re lettre au roi*, *Œuvres*, Paris 1869, V, pp. 210 e 211.

⁴¹⁶ L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, cit., p. 51.

⁴¹⁷ Cfr. BINET, *L'âme et le corps*, Paris 1906.

sociale⁴¹⁸. La forza di cui parla Duguit va forse disegnata, in chiave evoluzionistica, come condizione a posteriori delle dinamiche sociali, come espressione di un potere che non potrà mai essere dei tanti o di una fantomatica quanto astratta collettività, ma di un piccolo gruppo di uomini nei confronti di tutti gli altri. A questo punto, davanti alla strada del giurista francese, si pone una difficile questione da risolvere: quella del rapporto tra governanti e governati. Secondo Duguit i primi sono i soggetti detentori di quella forza mediante la quale possono imporre la propria volontà sui secondi, ma, nell'ambito di un rinnovato assetto teorico, sia sul piano giuridico, sia sul piano politico, essi sono inevitabilmente sottoposti alla *règle du droit*. Per comprendere appieno tale ultima definizione è necessario seguire il procedimento logico che il giurista di Bordeaux intraprende per definire il ruolo del diritto nel suo sistema filosofico. Questi, pur utilizzando un metodo di ricerca che non distingue qualitativamente le scienze naturali dalle scienze sociali⁴¹⁹, tuttavia giunge a differenziare nella sostanza le regole che attengono ai due mondi. Mentre, infatti, nel mondo fisico le leggi sono basate sul principio di causalità, le seconde riguardano gli scopi che l'uomo si prefigge e sono dunque riconducibili alla sua coscienza. Se nella prima parte del discorso egli anticipa alcune conclusioni tipiche del pensiero kelseniano e del neo-positivismo giuridico in senso lato, d'altro canto nella descrizione delle norme sociali addiviene a risultati diametralmente opposti. Duguit, infatti, sembra tracciare un itinerario descrittivo che parte dalle regole morali, attraversa il diritto oggettivo per poi concludere la sua corsa nella legge positiva. In un siffatto percorso, la norma morale rappresenta quella regola la cui necessaria osservanza non è stata ancora universalmente riconosciuta; la regola del diritto, invece, costituisce quella norma che viene considerata da tutti come presupposto fondamentale della solidarietà sociale; la legge positiva, infine, non è altro che la constatazione da parte dei governanti di un diritto oggettivo già esistente e riconosciuto. Da questa classificazione possiamo dedurre due punti essenziali. *In primis*, il diritto non è frutto dell'arbitrio sovrano né espressione di un potere che come tale possa imporre ai cittadini determinate norme. Il ruolo dello Stato, o meglio, di coloro che ne esercitano il potere attraverso lo strumento della

⁴¹⁸ A riguardo risulta suggestiva la citazione di un discorso di Clémenceau del 1907 nel quale emergevano tutte le contraddizioni tra l'esaltazione del primato della democrazia formale e l'effettiva esplicazione del potere (cfr. L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, cit p. 62 e ss.).

⁴¹⁹ G. MORIN, *L'œuvre de Duguit et le droit privé*, cit. p. 153.

legge, è quello di rilevare, semplicemente, il diritto sostanziale che emerge, spontaneamente, dalla vita sociale e di costruire, a sostegno di questo, un sistema mediante il quale sia in grado di garantire, nei limiti del possibile, l'obbedienza della legge stessa. Inoltre, come seconda conseguenza, si afferma l'idea secondo la quale, rispetto al diritto, la morale nasce *ante rem* e occupa una posizione *naturaliter* relativista, mentre lo Stato si costituisce *post rem* e subordinatamente al diritto oggettivo. Quest'ultimo costituisce, in tal modo, il termine medio tra le istanze etiche e le istituzioni statali, il manifestarsi essoterico di una realtà sociale che nella solidarietà trova il suo fiat, la causa prima del suo stesso esistere. Si assiste, quindi, al definitivo passaggio da una concezione "kantiana" ad una d'ispirazione "comtiana"⁴²⁰, si trasmigra dalla dimensione del dover-essere a quella dell'essere.

Il diritto, alla luce di ciò, risulta intimamente legato all'idea e allo sviluppo della società umana. L'uomo solo, avulso da qualsiasi contesto sociale non possiede alcun diritto, ma soltanto libertà⁴²¹. Il discorso di Duguit non si ferma tuttavia a questa constatazione che riecheggia motivi filosofici di diversa derivazione⁴²², ma va ben oltre. Secondo il giurista francese l'uomo neanche all'interno della società possiede dei diritti, né come singolo né come collettività. Ciascun individuo, infatti, è titolare di un determinato obbligo, un dovere sociale da assolvere necessariamente⁴²³.

Seguendo le fila di tale considerazione giungiamo rapidamente alla terza obiezione duguitiana, al terzo ed ultimo elemento metafisico da epurare nell'ambito della scienza del diritto: la libertà individuale. In verità, essendo l'uomo vincolato nella vita sociale all'adempimento di determinati compiti ed essendo sprovvisto di qualsiasi diritto anteriore al suo ingresso nella società stessa, la libertà, da diritto naturale, inalienabile ed imprescrittibile, diventa inevitabilmente

⁴²⁰ P. MARCONI, *Società e diritto nel pensiero di Léon Duguit*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1962, p. 839.

⁴²¹ L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris 1912, p. 20 e ss.

⁴²² Ci riferiamo in particolar modo alla distinzione di Fichte tra diritto e libertà. Secondo il filosofo di Jena il soggetto, l'io – empirico, ha dei diritti in quanto io tra gli altri io. In altre parole il concetto di diritto non è ascrivibile alla singolarità dell'io, quanto alla molteplicità e al riconoscimento reciproco. L'io, preso da solo, eccetto il diritto all'esistenza, gode solamente di una generica libertà di agire. Cfr, A. MASULLO, *Fichte. L'intersoggettività e l'originario*, Napoli 1986, pp. 175-184 ; A. PUNZI, *Intersoggettività originaria: la fondazione filosofica del diritto nel primo Fichte*, Torino 2000.

⁴²³ L. DUGUIT, *transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon* cit, p. 22 e ss.

legata alla sua funzione, limitata e limitabile non solo in senso negativo – ossia che il suo limite consta nel non ledere l'altro – ma anche in senso positivo. I governanti, infatti, proprio nel rispetto di quella solidarietà sociale, che costituisce la pietra angolare di un sistema giusfilosofico così delineato, possono intervenire per imporgli il lavoro, per costringerlo in definitiva ad assolvere la sua funzione sociale⁴²⁴. Dalla libertà -diritto, figlia del giusnaturalismo seicentesco, delle dichiarazioni dei diritti e delle codificazioni si passa, attraverso l'elaborazione teorica di Duguit, alla libertà – funzione, espressione di una idea di società che costituisce la base di innumerevoli ricerche in ambito giuridico, di natura filosofica o sociologica, volte tutte, comunque, ad eliminare, o quanto meno a mitigare, il dogma del primato dello Stato nella produzione del diritto.

d) Il tema della proprietà, strettamente legato al tema ultimo della libertà, viene anch'esso portato, energicamente, in un campo nuovo, nel campo dell'obbligo e della funzione. La concezione proprietà – dovere⁴²⁵ è ben diversa dalla formula “la proprietà obbliga” dichiarata nella Costituzione di Weimar. Mentre in quest'ultima definizione, infatti, esiste una stretta correlazione tra un diritto soggettivo, riconosciuto ad un determinato titolare, e un obbligo ad esso corrispettivo, in Duguit l'idea di un diritto *erga omnes* è completamente assente. Egli, in verità, opera un vero e proprio rovesciamento concettuale: da un lato sposa la convinzione di definire il possesso come obbligo piuttosto che come *potestas*, trasformando la proprietà privata da diritto individuale a rapporto obbligatorio⁴²⁶; dall'altro pone come base filosofica di tale ribaltamento l'idea della sua funzione sociale che, analogamente alla solidarietà, non rappresenta una giustificazione etica, ma una realtà fattuale. In altre parole, il singolo proprietario, nel perseguire il proprio interesse particolare, deve necessariamente perseguire, anche se indirettamente, l'interesse collettivo. Il godimento del bene è subordinato a tale condizione. Sebbene *prima facie* tale concetto riecheggi una visione quasi smithiana dell'economia e della proprietà, l'argomentazione duguitiana non rappresenta affatto una giustificazione formale del capitalismo industriale o della rendita fondiaria. Essa piuttosto mira a vincolare costantemente l'attività proprietaria all'utile collettivo. La sua non è una fiducia cieca e incondizionata nel sistema economico

⁴²⁴ Ivi, p. 23.

⁴²⁵ A. MESTRE, *Remarques sur la notion de propriété d'après Duguit*, cit., p.166

⁴²⁶ Ivi, p. 164

capitalista, bensì costituisce il sintomo di una preoccupazione crescente nei confronti della classe proprietaria in senso lato che va stimolata e monitorata con continui moniti e con precisi ed efficaci strumenti legislativi. Malgrado tale concezione possa apparire ardita, se non addirittura insostenibile, bisogna, in verità, constatare che l'intenzione di Duguit, nel formulare una dottrina così radicale, è rivolta a limitare una gestione arbitraria dei beni immobili, un disinteresse a valorizzare le rendite, soprattutto quelle agrarie da parte dei "grandi proprietari".

Un momento decisivo della demolizione del feticcio proprietario è costituito, come già precedentemente detto, dalla contemporanea critica della Dichiarazione del 1789 e della disciplina codicistica del 1804. Per quel che riguarda la prima, va innanzitutto messo in luce il fatto che, secondo il giurista di Bordeaux, la proclamazione solenne dell'intangibilità del diritto di proprietà altro non è che il risultato di una chiara operazione "politica" trovata all'interno della Convenzione. La Rivoluzione francese è figlia del terzo stato, di un ceto medio proprietario la cui unica preoccupazione è quella di difendere i propri possedimenti. A dimostrazione di ciò vi sarebbe la circostanza secondo la quale i beni ecclesiastici e quelli nobiliari non vengono affatto garantiti, né dalla Dichiarazione, né dalla successiva codificazione⁴²⁷. Inoltre, rimanendo nell'ambito della teoria, secondo l'attenta analisi di Duguit, il naturale sviluppo logico del giacobinismo, che costituisce il principale motore nel contesto politico della Convenzione, sarebbe rappresentato dal babuvismo. Il *Manifeste des égaux* non sarebbe altro che la prosecuzione della Dichiarazione dei diritti, l'automatico corollario di una dottrina che veniva esplicitamente in esso richiamata. Tale passaggio non sarebbe stato diretto, ma avrebbe avuto come "intermediario" il discorso di

⁴²⁷ Il nostro autore ci rammenta la circostanza secondo cui il decreto del 2 novembre 1789 con il quale « si mette a disposizione della nazione tutti i beni ecclesiastici » operando di fatto la confisca dei beni ecclesiastici fu votato solo dopo una lunga e accesa discussione. Le tesi che con maggior forza portarono poi l'Assemblea ad approvare l'atto furono quella di Thouret e quella di Mirabeau. Entrambi gli interventi rilevano, con una trasparenza disarmante, i motivi profondi che erano radicati nel profondo del movimento rivoluzionario. Se il primo giunge in definitiva ad affermare che solo gli individui e non i corpi [intermedi] sono titolari del diritto naturale (sostenendo con ciò le classiche teorie del giusnaturalismo individualista e borghese), il secondo subordina, in senso assoluto, la proprietà alla legge, anticipando uno dei temi prediletti del formalismo giuridico e delle successive interpretazioni esegetiche. Cfr. L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, cit p. 62-63.

Robespierre alla Convenzione del 24 aprile 1793⁴²⁸, nel quale sarebbe emersa una prima considerazione, seppur primitiva, sulla funzione sociale della proprietà.

Per quanto riguarda invece il *Code*, nel mirino del giurista francese finiscono proprio gli articoli che, sia nei principi generali, sia nella disciplina sostanziale, concernono il diritto di proprietà. Se, infatti, l'articolo 17 sancendo l'inviolabilità e la sacralità della proprietà denuncia un chiaro orientamento di ordine giusnaturalistico e metafisico, l'articolo 544, definendo come *devoir* lo *ius abutendi* del proprietario, chiude la porta definitivamente a qualsiasi valutazione di natura sociale del possesso dei beni⁴²⁹. Sebbene, poi, il divieto di un uso illegittimo della proprietà stessa limiti in un certo qual modo il potere del suo titolare, esso appare, tuttavia, agli occhi del giurista francese, una scatola vuota, un rimedio puramente formale il cui unico obiettivo è quello di chiudere logicamente la struttura armonica dell'ordinamento giuridico. Ciò che Duguit coglie, forse in maniera inconsapevole, consiste nel fatto che il coesistere di più diritti ugualmente garantiti e riconosciuti rappresenta effettivamente un limite, sia di carattere logico sia di natura pratica, a qualunque affermazione di un diritto assoluto in qualsiasi sistema di norme.

Ma se si esce dalla lettura della legislazione, se si va oltre l'analisi del diritto "posto" in epoca a lui più recente o temporalmente più distante, davanti agli occhi del giurista di Bordeaux rimane, con tutto il suo peso, la questione prettamente filosofica della proprietà, la sua origine, la sua nozione e la sua trasformazione.

Egli, in via preliminare, contesta aspramente la dottrina di matrice lockiana della giustificazione della proprietà in quanto prodotto del proprio lavoro, dal momento che tale argomento potrebbe, tutto al più, essere utilizzato per la legittimazione della proprietà mobiliare, giammai per quella immobiliare, né per qualsiasi tipo di rendita capitalista, e neppure per la trasmissione ereditaria dei beni⁴³⁰. La proprietà, secondo Duguit, in coerenza con la sua teoria generale e come conseguenza di essa, può unicamente poggiare sull'utilità sociale. Lontano dal rappresentare un diritto sacro ed intangibile, come del resto qualunque forma di diritto, è soggetto alla

⁴²⁸ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'État*, cit., p. 611 ;

⁴²⁹ Cfr. S. RODOTÁ, *Il terribile diritto*, cit.; cfr. P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, cit..

⁴³⁰ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'État*, cit., p. 617 e ss.

mutevolezza dei bisogni sociali, alle trasformazioni della vita economica dell'uomo⁴³¹. Compito del legislatore, a questo punto, è proprio quello di verificare, di volta in volta, i mutamenti delle esigenze della società onde ripristinare, attraverso la *loi positive*, l'unica e autentica funzione della proprietà. Gli interventi auspicati con maggior insistenza dal nostro autore sono quelli che nutrono l'obiettivo di costringere il proprietario a valorizzare i suoi beni, ad adempiere, in sostanza, a quell'obbligo di cui la proprietà è intimamente portatrice⁴³². La sovranità dello Stato assoluto e la proprietà come diritto soggettivo vengono definitivamente sostituite: l'una dalla solidarietà, come presupposto del potere legislativo, l'altra dalla proprietà come funzione sociale, la *condicio sine qua non* del sistema giuridico privato, lo strumento più idoneo per attuare quel passaggio da una società di "disuguali" ad una esperienza collettiva dominata da una continua e sempre mutevole affermazione di una "coralità sociale"⁴³³.

La grande differenza che intercorre tra il pensiero di Duguit e la dottrina marxista in merito al discorso proprietario consta nel fatto che, mentre gli esponenti di quest'ultima si preoccupano di mutare i soggetti della proprietà stessa, senza preoccuparsi dell'aspetto giusfilosofico della problematica del possesso, ponendosi in una dimensione sociale fondata sulla dialettica della lotta di classe⁴³⁴ e privilegiando l'aspetto meramente economico e politico della proprietà, il giurista francese non volge lo sguardo verso i soggetti o titolari del diritto di proprietà, quanto alla sua natura che, sotto la sua lucida argomentazione, cambia radicalmente⁴³⁵. Il procedimento dialettico che Engels individua nella trasformazione della proprietà comune selvaggia in proprietà privata borghese e poi ancora in proprietà sociale⁴³⁶, pur avendo come scopo la tutela di un interesse

⁴³¹ *Ivi*, p. 618.

⁴³² cfr. L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, cit., p. 22 e ss.; cfr. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'État*, cit., p. 620 e ss.

⁴³³ P. MARCONI, *Società e diritto nel pensiero di Léon Duguit*, cit., p. 834.

⁴³⁴ Ne *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État* p. 40, Duguit sentenzia: "Se la classe borghese non ha affatto diritto di possedere a titolo esclusivo gli strumenti della produzione, non l'hanno nemmeno la classe operaia e la collettività" e ancora "né la società, né gli stessi individui hanno come tali alcun diritto". Con queste parole il nostro autore ci mostra, in maniera esemplare, quanto sia grande il divario concettuale che separa la sua filosofia dalla dottrina marxista e socialista *tout court*.

⁴³⁵ G. GURVITCH, *Socialisme e propriété*, in *Revue de métaphysique et de morale*, Paris 1930, p. 118.; cfr. G. MORIN, *L'oeuvre de Duguit et le droit privé*, cit., p. 158 ;

⁴³⁶ F. ENGELS, *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato*, trad. it., Roma 1970, p. 66 e ss.

pubblico generale, non costituisce un mutamento effettivo del paradigma proprietario. L'idea della crescente limitazione del diritto proprietario, così come descritta da Lassalle⁴³⁷, e la sua "imminente" abolizione non cambiano il fine del rapporto tra l'individuo e il bene, in quanto l'auspicata assegnazione dei beni da parte della società non scalfisce minimamente la funzione individuale della proprietà: cambiano i destinatari dei beni, mutano i criteri di assegnazione degli stessi, ma il rapporto giuridico non viene affatto modificato. Consapevole di ciò, del resto, lo stesso Renner⁴³⁸ rileva la mutevolezza della natura economico-giuridica dell'istituto proprietario di fronte alla sua monolitica struttura giuridica. Per compiere quello straordinario rovesciamento concettuale che Duguit mette in opera nell'ambito della teoria del possesso, è necessario riconsiderare l'intera categoria del diritto, modificare il piano ontologico su cui esso pone la sua base, ridisegnare da capo i rapporti tra tutti gli elementi della riflessione giusfilosofica. La solidarietà e il diritto costituiscono rispettivamente l'aspetto statico e l'aspetto dinamico della realtà sociale, i sostegni solidi e sicuri della vita comune, in ogni epoca e in ogni luogo, gli elementi primi di una natura che, liberatasi dalle strutture rigide della logica razionalista, finalmente, si dà essa stessa un fine⁴³⁹.

e) A conclusione di questo breve viaggio nel territorio fertile del pensiero duguitiano, crediamo giusto formulare qualche piccola considerazione. Come prima osservazione, bisogna riconoscere il merito al giurista francese di aver esplorato, con rara acutezza, il terreno insidioso del diritto soggettivo, la "sacralità" dell'individualismo liberale; egli, con straordinaria audacia, entra di prepotenza nel tempio del diritto soggettivo, dello Stato assoluto e della libertà individuale con l'intento di "sconsacrare", definitivamente, il dogmatismo teorico su cui essi poggiano. La sua costruzione filosofica, tuttavia, solleva qualche dubbio e altrettante perplessità soprattutto in merito alla teoria della solidarietà. Non sono in pochi a ritenere che la sua solidarietà, anche se solo indirettamente, diventi il fondamento di una nuova regola di condotta, legata in maniera più solida alla realtà sociale dalla sua lucida e originale

⁴³⁷ F. LASSALLE, *Theorié syestematique des droits acquis, conciliations du droit positif et de la philosophie du droit*, trad. fr., Paris 1904, p. 276 e ss.

⁴³⁸ K. RENNER, *Gli istituti del diritto privato*, trad. it, Bologna 1981, p. 63 e ss.

⁴³⁹ U. CERRONI, *Concezione normativa e concezione sociologica del diritto moderno*, in « Democrazia e diritto », 1961, p. 383 e ss.

riflessione sull'individuo, ma non del tutto priva di giudizi di valore⁴⁴⁰.

Malgrado ciò, nonostante il suo metodo di indagine di ispirazione positivista, nel fare i conti con la storia, presenti diverse crepe e, *tout court*, appaia un po' datato, se non addirittura ingenuo, sebbene egli si inoltri, incautamente, nel pretenzioso tentativo di elaborare una teoria del diritto basata non su idee e concetti, ma su fatti e fenomeni⁴⁴¹, non si può negare che, lungo il filo della sua narrazione, le questioni che il giurista francese analizza vengono chiarificate in maniera inoppugnabile. Ciò che assume un valore preponderante è il fatto che Duguit, attraverso i suoi brillanti rilievi critici, attraverso le sue lungimiranti interpretazioni e le chiavi di lettura sempre originali che puntualmente ci fornisce, si sia effettivamente liberato dall'insostenibile peso, per lui e per un'intera generazione di giuristi, dell'ideologia individualista e da quei presupposti metafisici che nessuno, prima di lui aveva combattuto con maggior forza e migliore efficacia⁴⁴². Egli, dunque, rappresenta una delle voci più lucide e concrete nella folta schiera degli oppositori alla "dittatura" della tradizione giuridica liberale e, al tempo stesso, costituisce un passaggio obbligato per chi intenda intraprendere uno studio serio e rigoroso sulle trasformazioni del diritto pubblico e del diritto privato nell'evoluzione delle dottrine filosofiche e giuridiche che hanno inaugurato la lunga e tormentata stagione della "crisi dello Stato" e del superamento del soggettivismo giuridico. Di queste capacità e di tali meriti la funzione sociale della proprietà ne è l'esempio più fecondo, il fiore all'occhiello di una elaborazione teorica che, seppur non sempre riesca a conciliare problematiche e metodo, contribuisce a sovvertire con forza ed efficacia i rapporti soggetto-oggetto, idea-natura, norma-fatto, in una parola il processo dialettico dell'intera realtà giuridica⁴⁴³.

⁴⁴⁰ Cfr. soprattutto F. GENY, recensione a L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, in « Revue critique de législation et de jurisprudence », 1901, pp. 502-510 ; M. HARIOU – A. MESTRE, recensione a L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, in « Revue du droit public », 1902, pp. 346-366.

⁴⁴¹ A. FRAGUEIRO, *Il fondamento sociologico del diritto nel pensiero di Léon Duguit*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto » 1929, p. 371 e ss.

⁴⁴² L. BAGOLINI, *Il metodo di Léon Duguit*, in L. DUGUIT, *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, cit.

⁴⁴³ C. EISENMANN, *Deux théoriciens du droit: Duguit et Hariou*, in « Revue philosophique de la France et de l'Etrangers », 1930, p. 238 e ss.

3. La dissoluzione del diritto soggettivo: Otto von Gierke e la *Soziale Aufgabe* della proprietà.

L'evoluzione della riflessione giuridica in Germania porta, inevitabilmente, ad un superamento del dogma del soggettivismo giuridico. Tale fenomeno, tuttavia, non si manifesta in maniera unitaria, bensì, è costellato da una serie di percorsi diversamente scelti riconducibili tutti a due procedimenti logici opposti ma contigui. Da un lato si cerca di assimilare l'elemento giuridico alla realtà naturale, dall'altro, in direzione opposta, si giunge ad oltrepassare il dato naturalistico a vantaggio di una mera considerazione della dimensione normativa del diritto⁴⁴⁴. Il primo tentativo è quello messo in piedi dall'organicismo di Otto von Gierke, il secondo è costituito dal normativismo di Hans Kelsen. In entrambi i casi il fulcro della riflessione teorica è costituito dal concetto di persona, la sua natura e il suo posizionamento all'interno di una teoria del diritto che neghi l'autonomia o, addirittura l'esistenza del diritto soggettivo e, di conseguenza, l'idea stessa di una proprietà privata come mera espressione di una istanza individuale. In questa sede approfondiremo la posizione del giurista di Stettino il cui sforzo teorico è teso verso l'obiettivo di far coesistere la tutela delle libertà individuali e il perseguimento di un interesse comune all'interno di un contesto sociale che non è concepito come un gelido atomismo, bensì come una realtà viva, animata da un illimitato numero di enti collettivi.

La dottrina di Gierke è, prima di tutto una opposizione alla dialettica secca individuo-Stato e, al tempo stesso, un tentativo di rivalutazione dei "corpi intermedi", il cui modello di riferimento è senza dubbio la *Genossenschaft* delle antiche comunità germaniche⁴⁴⁵. In questo senso egli si inserisce nell'ambito di quella corrente di pensiero, che ha soprattutto in Beseler uno dei principali sostenitori, che si oppone alla teoria della finzione come mezzo di individuazione dell'essenza delle persone giuridiche⁴⁴⁶. La ricerca gierkiana è costantemente caratterizzata dal confronto e dalla conseguente

⁴⁴⁴ R. ORESTANO, *Azione, Diritti soggettivi, Persone giuridiche*, cit., p. 214.

⁴⁴⁵ F. RICCOBONO, *Soggetto Persona Diritti*, cit. p. 59

⁴⁴⁶ In verità il rapporto tra l'opera di Gierke e la dottrina di Beseler è piuttosto controverso. Sulla tesi della continuità cfr. D. H. LEWIS, *Gierke's Genossenschaft-Theory*, Madison 1935, p. 54. Riguardo, invece alla frattura tra Gierke e la generazione dei gemanisti a lui precedente cfr. S. MEZZADRA, *Il corpo dello Stato in Gierke. Aspetti giuspubblicistici della Genossenschaftslehre di Otto von Gierke*, in "Filosofia politica" 1993, p. 457.

opposizione tra la visione romanistica della personalità e quella di ispirazione germanica. Mentre la prima considera unicamente il singolo come il possibile titolare di personalità giuridica fornendo ad essa i caratteri dell'assolutezza, dell'indivisibilità e dell'intrasmissibilità, la seconda può essere tanto ricondotta all'individuo, quanto estesa ad una collettività. Ad una collettività che, tuttavia non si costituisce come totalità, ma come "unità" di più enti particolari⁴⁴⁷. Seguendo questa seconda concezione, Gierke orienta la sua teoria verso la costituzione di un organismo sociale che, da un lato, non appaia in contrapposizione con il potere statuale, dall'altro, svincoli la realtà sociale dalla visione atomista e individualista che fa da corollario alla concezione moderna dello Stato, compresa quella della pubblicistica tedesca di fine XIX secolo. Una sintesi sociale che

⁴⁴⁷ Pagine emblematiche di questa ricostruzione storica le troviamo in uno scritto di Gierke la cui lettura è indispensabile per comprendere la dimensione che il diritto privato e, in particolare, la proprietà hanno nella sua visione teorica. Nel *Die Soziale Aufgabe des Privatrechts* egli scrive: "Von der Aufgabe her haben schon die Römer in der durch den mund Ulpian's uns überlieferten Definition das Wesen des Privatrechts zu bezeichnen gesucht. Denn indem sie es als ein ius, quod ad singulorum utilitatem spectat, dem publicum ius, quod ad statum rei Romanae spectat, gegenüberstellen, führen sie den Unterschied der beiden großen Rechtszweige auf eine ungleichartige Zweckbestimmung zurück. Sicherlich haben sie hiermit den unverrückbaren Ausgangspunkt jeder Sonderung ist ein Ausdruck der doppelten Bestimmung des Menschendaseins (...) Allein es ist sofort klar, dass diese Trennung nicht das letzte Wort sein kann. Denn es bleibt derselbe Mensch, in dem sich ein individuelles Dasein und ein Stück des Gesamtlebens abspielt. Beides ist in Wirklichkeit zur unauflöslichen Einheit verflochten und wird nur in unserer Vorstellung gesondert. Was wir Individuum und was wir Allgemeinheit nennen, sind nur unentbehrliche Abstraktionen von der in ihrer Totalität für unser Denken unersättlichen Realität des geschichtlichen Menschen. (...) Die Germanen traten mit unfertigem Staat und unfertigem Recht in die Geschichte ein. So blieb ihnen der Gegensatz von Privatrecht und öffentlichem Recht, der an der Eingangspforte der römischen Rechtsgeschichte steht, Jahrhunderte lang verhüllt. Dennoch war gerade in dieser Unvollkommenheit ihre Rechtsidee breiter und tiefer angelegt als die Rechtsidee der Römer. Indem sie nur ein einziges, überall sich selbst gleiches, allbeherrschendes Recht kannten, ergriffen sie mit der ganzen Kraft ihres Gemütes den Gedanken der Einheit alles Rechtes. Nun war das öffentliche Recht der Gefahr ausgesetzt, in die Formen des Privatrechts einzugehen: aber es war durch und durch Recht! Das Privatrecht blieb unfrei, durch publizistische Beimischungen gebunden: aber es war durch und durch Sozial! Es gab keinen souveränen Staat und es gab kein souveränes Individuum. Der Staat blieb in den Einzelnen und in unzähligen gesellschaftlichen Gliederungen stecken; er überließ das geistig-sittliche Gebiet der Kirche und das wirtschaftliche Leben der Genossenschaft. *Das Individuum blieb in der Gemeinschaft beschlossen; in Familie und Körperschaft ging es mit seinen Sinnen und Trachten auf.* (...) Und darum ist in Tat der Kampf um das Recht der Zukunft zugleich ein Kampf zwischen römischen und germanischen Rechtswesen. Was wir vom römischen Recht gelernt haben, wollen wir nicht verlernen, und dankbar wollen wir festhalten an der durch die wunderbare juristische Denkkunst der Römer gebildeten Form. *Aber der Geist, der die Form beseelt, sei der Geist des Rechts unserer Väter.*" (O. v. GIERKE, *Die Soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin 1889, p. 5-8.) [il corsivo è Nostro] Sul tema cfr. F. FERRARA, *Teoria della persona collettiva*, Napoli-Torino 1923, II ed., p. 196.

sia in grado di equilibrare l'eterna dialettica storico-ideologica tra "unità" – dell'ordinamento giuridico e del potere sovrano – e "libertà" – dell'individuo e dell'esercizio della proprietà⁴⁴⁸. La persona collettiva possiede una propria volontà, autonoma e differente da quella dei suoi singoli componenti, nonché una propria capacità di agire⁴⁴⁹. Di conseguenza, essa si pone come un organismo sociale che persegue scopi e interessi propri, diversi da quelli individuali, ed esprime la sua volontà mediante azioni indipendenti dall'operato dei singoli membri. In altri termini, l'ente collettivo è capace di essere un soggetto di diritto. La centralità della *Genossenschaft* all'interno della riflessione giuridica porta con sé importanti conseguenze. In primo luogo essa si costituisce come soggetto giuridico autonomo, non riconducibile né al particolarismo del singolo, né all'universalismo statale. La persona collettiva non si contrappone agli individui, né assorbe del tutto le loro volontà. Essa pone in essere un dedalo di relazioni che non sono riconducibili, *tout court*, alla sfera del diritto soggettivo, sia come tradizionalmente inteso in ambito romanistico, sia come modernamente rielaborato dalle dottrine filosofiche giusnaturaliste, dalle codificazioni continentali o dalla dogmatica giuridica tedesca. Se, infatti, l'elemento della volontà viene ricondotto alla soggettività giuridica, il diritto soggettivo, considerato come istanza giuridica meramente individuale, evapora, tanto da un punto di vista empirico, quanto da un punto di vista logico. Da un punto di vista empirico, dato che il rapporto sociale, come già riscontrato nella lettura di Duguit, viene considerato come un momento necessario e ineludibile delle dinamiche esistenziali umane. Da un punto di vista logico, poiché la possibilità di concepire una titolarità giuridica riconducibile ad una persona materiale che non si riferisce più ad una mera singolarità rompe la granitica identità individuo-soggetto,

⁴⁴⁸ Cfr. O. v. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlin 1913, p. 1; S. MEZZADRA, *Il corpo dello Stato in Gierke*, cit. p. 462 e ss

⁴⁴⁹ Accanto alla *Genossenschaft*, Gierke riconosce un'altra figura giuridica che su un piano ontologico ha le sue stesse peculiarità: l'*Anstalt*. L'origine storica di entrambe è legata all'esigenza di sostituire con una *persona ficta*, collettiva nel primo caso, individuale nel secondo, la pluralità dei soggetti concreti o la persona fisica del signore. La corporazione e l'istituzione, in altre parole, erano finzioni giuridiche attraverso le quali o si forniva di personalità giuridica unica e autonoma un ente collettivo, oppure si sdoppiava la persona fisica del *dominus* al fine di determinare una duplice fonte di diritti e di obblighi in capo ad uno stesso individuo. Entrambi gli istituti erano espressione di una volontà trascendente dell'ente materiale che si incarnava nell'ente formale. In Gierke, invece, sia la *Genossenschaft* sia l'*Anstalt* sono entità viventi reali che il diritto non può creare *ex novo*, ma può solamente riconoscere. Sulla volontà e la capacità di agire delle persone collettive cfr. F. FERRARA, *Teoria della persona collettiva*, cit., p. 196-197; sull'*Anstalt* cfr. ID., p. 197 e ss.

postulato primo della dottrina privatistica liberal-borghese. L'ente collettivo è, a un tempo, titolare di diritti e obblighi nonché creatore di norme che regolano i rapporti tra i suoi membri⁴⁵⁰. Al sistema giuridico statuale si aggiunge un ordinamento giuridico particolare che lo Stato può solamente constatare, ma in nessun modo limitare o modificare⁴⁵¹. La costituzione, la trasformazione e l'estinzione dei corpi sociali non possono diventare oggetto del diritto positivo dal momento che questi vivono in una dimensione ontologica a cui nessuna norma può inerire. La *Genossenschaft* costituisce, infatti, l'unica entità reale riconoscibile in ambito giuridico, essendo essa autentica espressione dello spirito del diritto, sospesa tra due entità formali, l'individuo e lo Stato, espressione di una ideologia figlia della filosofia giusnaturalista e del movimento della codificazione⁴⁵². Di conseguenza, nessun principio generale di un ordinamento statale può ricondurre a sé il compito di regolamentarli o la pretesa di istituirli, così come accadrebbe secondo le dottrine che considerano la persona giuridica una *fictio iuris*⁴⁵³. Letto in questa prospettiva, l'intero nucleo normativo della *Genossenschaft* può essere concepito come un diritto sociale all'interno del quale i rapporti di natura personale e quelli di natura patrimoniale assumono un rilievo autonomo ed originale⁴⁵⁴. Le norme di un siffatto ordinamento, soprattutto quelle che concernono i rapporti interni alla vita della corporazione, sarebbero spesso in contrasto con il diritto individuale, ossia con le leggi di diritto comune che regolano i rapporti privati⁴⁵⁵.

⁴⁵⁰ F. RICCOBONO, *Soggetto Persona Diritti*, cit. p. 60

⁴⁵¹ F. FERRARA, *Teoria della persona collettiva*, cit., p. 200

⁴⁵² L'eco della scuola storica, almeno nei toni e nei termini, emerge, con forza, nel discorso gierkiano. Tuttavia, pur riconoscendo nella scuola del Savigny e dei suoi successori la rinascita di una riflessione autentica sul diritto, epurato da elementi "metafisici", le differenze tra la dottrina di Gierke e le posizioni della scuola, soprattutto per ciò che concerne la persona giuridica permangono. In ultimo non bisogna dimenticare che gli istituti fondamentali del diritto privato, *in primis* proprietà e contratto, acquistano, nella dottrina savigniana prima e puchtiana poi, quel carattere dell'astrattezza determinante per stabilire quelle connessioni indispensabili con una dottrina dello Stato assolutistica e formale. Sul tema cfr., O. v. GIERKE, *Die Soziale Aufgabe des Privatrechts*, cit., p. 8-9. Sul dibattito teorico tra Gierke e Savigny e gli istituti di diritto privato cfr. S. MEZZADRA, *Il corpo dello Stato in Gierke*, cit., p. 452 e ss.

⁴⁵³ D. H. LEWIS, *Gierke's Genossenschaft-Theory*, cit., p. 54;

⁴⁵⁴ F. FERRARA, *Teoria della persona collettiva*, cit., p. 200.

⁴⁵⁵ Gierke sottolinea frequentemente nelle sue opere questa possibile contrapposizione, tanto che la dialettica diritto sociale-diritto individuale sembra essere l'unica effettivamente rilevante, data la scomparsa nella dottrina gierkiana del duopolio diritto soggettivo e diritto oggettivo. Il carattere distintivo, tuttavia, della separazione concettuale che il giurista tedesco compie risiederebbe nel fatto che il diritto sociale rappresenterebbe una sorta di diritto pubblico "particolare", il cui campo di applicazione è

In questa prospettiva, pertanto, un corpo sociale così delineato modifica radicalmente sia le dinamiche del diritto pubblico, sia i rapporti di diritto privato. L'esistenza di un centro di aggregazione autonomo e intermedio tra l'espressione della sovranità statale e la rivendicazione delle istanze individuali finisce per eliminare il dualismo ideologico-concettuale che le ha formate per connotare, entrambe, una intrinseca finalità sociale. In particolare, Gierke individua nella libertà lo scopo del diritto pubblico, nella socialità quello del diritto privato⁴⁵⁶. Egli, pertanto, considera immanente al diritto privato il fine della sua socialità, rifiutando, peraltro, l'idea di un mondo trascendente che realizzi ideali di libertà e giustizia. L'individuo non è più il fine ultimo delle norme civili, il suo unico interlocutore, bensì è il diritto civile stesso a costituire lo strumento per il raggiungimento di obiettivi che travalicano la dimensione singolare per andare a costituire il nucleo fondamentale del *Sozialrecht*⁴⁵⁷. Il diritto oggettivo, manifestazione di una autorità legislativa centrale e monopolistica, e il diritto soggettivo, valutazione autonoma e assoluta di interessi singoli e particolari, sono percepiti come un'unica realtà giuridica osservata da punti di vista differenti⁴⁵⁸. La possibilità di una confusione ideologica, del resto, è vista come una minaccia costante: nel diritto pubblico, essendo sempre vive le teorie contrattualistiche che cristallizzano la vita comune attorno ad un momento originario meta-storico e formale⁴⁵⁹; in ambito privatistico dalle dottrine socialiste che mettono in opera una "statalizzazione" del diritto civile. In altre parole, nella dicotomia individualismo-socialismo, Gierke scorge il germe di una contrapposizione ideologica

nettamente più limitato delle leggi dello Stato, ma al tempo stesso la sua forza prevale sulle norme di diritto privato generale. La *Genossenschaft* di Gierke e i *going concern* di Commons, analizzati sotto questo aspetto, presentano non poche analogie e interessanti punti di contatto, relativamente alla loro struttura e alle procedure normative che essi producono. Sul diritto sociale e sul confronto tra Gierke e Commons cfr. D. H. LEWIS, *Gierke's Genossenschaft-Theory*, cit., p. 59.

⁴⁵⁶ „Wir besinnen uns wiederum auf die Einheit alles Rechtes, wir nehmen in dem Zweck des öffentlichen Rechtes die Freiheit und in den Zweck des Privatrechts die Gemeinschaft auf.“ (O. v. GIERKE, *Die Soziale Aufgabe des Privatrechts*, cit., p. 10).

⁴⁵⁷ O. v. GIERKE, *Die Soziale Aufgabe des Privatrechts*, cit., p. 11

⁴⁵⁸ Su questo punto non possiamo che condividere la tesi di Mezzadra secondo cui un tema di fondo dell'intera ricerca di Gierke sia quella di mettere in discussione la complementarità intrinseca tra un diritto pubblico "assolutistico" e un diritto privato "atomistico". Cfr. S. MEZZADRA, *Il corpo dello Stato in Gierke*, cit., p. 445.

⁴⁵⁹ Così come in Duguit vi è un deciso rifiuto del contrattualismo, che Gierke associa, comprensibilmente, alla tradizione del giusnaturalismo tedesco e non, come si legge negli scritti del giurista di Bordeaux, all'opera di Rousseau. Cfr. O. v. GIERKE, *Die Soziale Aufgabe des Privatrechts*, cit., p. 11; L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, cit. p. 51 (Cfr. *supra* p. 130.).

tra diritto privato e diritto pubblico che produce due aporie insuperabili: l'incompatibilità di un diritto pubblico statale con il perseguimento del bene comune nell'ambito del pensiero liberale; l'incompatibilità del diritto privato con la tutela delle libertà dei singoli nell'ambito del socialismo di ispirazione marxista. In contrasto con una contrapposizione ideologica così netta non c'è altro da fare che cercare di realizzare un'unità organica che superi la pericolosa dicotomia⁴⁶⁰.

Dall'analisi gierkiana emerge, poi, un altro aspetto decisivo: non è possibile scindere la regolamentazione dei rapporti personali e quella dei rapporti patrimoniali. Entrambe le materie costituiscono un *unicum* logico-giuridico la cui legislazione deve necessariamente considerare organicamente, dal momento che il fine sociale degli istituti giuridici fondamentali del diritto civile, la proprietà e il contratto, deve costituire lo spirito dell'intera ossatura normativa dell'ordinamento giuridico. Anzi, la regolamentazione che definisce il rapporto tra i singoli e i beni rappresenta soltanto il punto di partenza di una legislazione costante e continua che miri, principalmente, alla individuazione delle relazioni sociali "reali", irriducibili alla semplice bilateralità che la tradizione romanistica e poi quella codicistica continentale hanno elevato a categoria universale, nonché svincolata dal dualismo ideale individuo-Stato. Il diritto privato deve necessariamente considerare come ente materiale della vita comune quelle associazioni e quei corpi intermedi tanto bistrattati dalla dottrina tradizionale. In questa ottica si inserisce la posizione polemica di Gierke contro il primo progetto di codificazione tedesca, precedente al terzo ed ultimo entrato in vigore nel 1900⁴⁶¹. Uno dei punti di

⁴⁶⁰ „Die Entstaatlichung des öffentlichen Rechts im Sinne des naturrechtlichen Individualismus bedeutet die Auflösung und den Tod, die Verstaatlichung des Privatrechts im Sinne des Sozialismus bedeutet die Unfreiheit und die Barbarei“. (O. v. GIERKE, *Die Soziale Aufgabe des Privatrechts*, cit., p. 12). Del resto, il compito che lo Stato comincia ad intraprendere, verso la fine del XIX secolo, di «regolatore degli equilibri sociali», lo allontana rapidamente dal modello della *Herrschaft* di stampo gerberiano, tanto da conferirgli quelle funzioni di unificatore delle pluralità su cui lo stesso Gierke tanto si sofferma in numerosi suoi scritti. Cfr. S. MEZZADRA, *Il corpo dello Stato in Gierke*, cit. p. 454.

⁴⁶¹ Il BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) fu preceduto da una serie di lavori preparatori che possiamo ricondurre a tre progetti. Il primo, risalente al 1887 e successivo alla approvazione della legge Lasker del 1873, fu frutto del lavoro di una "Prima Commissione" sotto la guida di Windscheid e Plank. Proprio contro questo progetto si scatenò la critica di Gierke, con il libello *Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht* (1888-1889). Nel 1895 fu redatto un secondo progetto. In entrambi l'influsso della pandettistica era presente con straordinario vigore. Questo carattere dava al BGB un alone di astrattezza e dottrinarismo superfluo nonché lo dotava uno scarsissimo senso pratico e

maggior contrasto tra la sua dottrina e l'ideologia che sta alla base del BGB è rappresentato proprio nella posizione di marginalità che occupa la valutazione del compito sociale che il diritto svolge. Ciò che il giurista di Stettino contesta con forza è la pretesa di poter relegare la funzione sociale nell'alveo della legislazione speciale, per definizione eccezionale e limitata a singoli casi, non legata ai principi e allo spirito dell'intera legislazione privata⁴⁶². Traspare, inoltre, nella definizione codicistica quella visione che Gierke appella come una "superstizione romanistica" secondo cui la proprietà costituisce un diritto diverso e superiore agli altri, una sorta di perfezionamento ultimo e pieno delle istanze singolari che finisce per coincidere con la realtà materiale. Concezione inaccettabile in quanto priva di qualsiasi considerazione di quella *geteiltes Eigentum* tanto difesa, sia da punto di vista filosofico, sia, soprattutto, dal punto di vista storico-giuridico⁴⁶³.

Effetto e conseguenza di una rivalutazione in chiave collettivistica del diritto privato è la ridefinizione del concetto di proprietà privata. Essa, pur continuando a rappresentare l'istituto giuridico che fornisce al singolo il diritto più pieno, non è più immune da limiti e, soprattutto, porta con sé una serie di obblighi connaturati

una inconsistente sensibilità verso le questioni più attuali di diritto civile. Il terzo e ultimo progetto venne presentato nel 1896 alla Dieta del Reich ed entro in vigore il primo gennaio del 1900. In ultimo, v'è da aggiungere che, per quanto attiene alla definizione della proprietà, quella elaborata nel primo disegno rimane pressoché invariata. La recezione del concetto "romanistico" di proprietà è già presente nella prima redazione: "Der Eigentümer einer Sache hat das Recht, mit Ausschließung Anderer nach Willkür mit der Sache zu verfahren und über dieselbe zu verfügen, soweit nicht Beschränkungen dieses Rechtes durch Gesetz oder durch Rechte Dritter begründet sind" (§ 848). Il § 903 del BGB entrato in vigore, infatti, recita: "Il proprietario di una cosa può in quanto non vi si oppongano la legge o diritti terzi, disporre della cosa a suo piacere ed escludere altri da ogni azione su di essa". Sull'iter della formazione e della redazione del BGB, nonché sui caratteri e le radici ideali della codificazione tedesca cfr. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, cit. p. 177-203. Sulla recezione della proprietà nel BGB cfr. B. POZZO, *Eigentum*, cit., p. 316.

⁴⁶² "Doch ist es ein verhängnißvoller Irrtum, - ein Irrtum, dem der Entwurf des deutschen Zivilgesetzbuches begangen hat, - wenn man meint, man dürfe das soziale Wert den Spezialgesetzen überlassen, um unbelästigt durch die so abgewälzte Aufgabe das gemeine Privatrecht rein individualistisch auszugestalten „ (O. v. GIERKE, *Die Soziale Aufgabe des Privatrechts*, cit., p. 16).

⁴⁶³ „Der sonderbarste Aberglaube, der sich mit dem romanistischen Eigentumsbegriff verknüpft und den ganzen deutschen Entwurf durchzieht, besteht in dem Dogma, dass das Eigentum ein von allen übrigen Rechten spezifisch verschiedenes Recht ist (...) Wohl hat das geteilte Eigentum, das seine welthistorische Mission darum nicht schlechter erfüllt hat, weil man es nachträglich für „logisch unmöglich“ erklärt, in seinen alten Formen sich ausgelebt.“ (O. v. GIERKE, *Die Soziale Aufgabe des Privatrechts*, cit., p. 24 e 27). A riguardo cfr. B. POZZO, *Eigentum*, cit., p. 316.

alla sua stessa funzione sociale. Se, tutto sommato, già nella visione del *Code Napoleon* la proprietà poteva, *extrema ratio* e in circostanze del tutto eccezionali, incontrare limiti e ostacoli al suo esercizio, nella logica gierkiana essa è costituita già in origine come rapporto intersoggettivo che determina diritti e obblighi in capo al proprietario medesimo. In altre parole, se nella legislazione civile continentale le pretese proprietarie sono vincolate soltanto all'intervento eccezionale e specifico dello Stato in situazioni di rara necessità, nella teoria di Gierke la natura del possesso implica una serie di doveri che, per il perseguimento degli scopi collettivi che ogni istituto privato realizza, inevitabilmente la connotano. Si passa, in definitiva, dalla valutazione di un limite negativo alla affermazione di un dovere positivo; dalla remota ipotesi di un "non-fare", la proprietà diventa portatrice di un preciso obbligo di "fare". L'idea di una proprietà privata assoluta e illimitata è una pericolosa finzione che viene contraddetta, in una visione del diritto così configurata, dalla definizione stessa di proprietà⁴⁶⁴. Appartiene all'intima natura del diritto di proprietà, infatti, l'adeguamento delle condotte individuali verso la realizzazione di un interesse pubblico. La medesima possibilità dell'espropriazione dei beni è una prerogativa insita nella normativa che qualifica il possesso individuale⁴⁶⁵. La compenetrazione tra gli aspetti singolari e quelli collettivi nell'ambito del diritto privato porta Gierke a questa conclusione, apparentemente di difficile comprensione, ma, inserita nel contesto generale della sua teoria, logicamente riconoscibile.

L'intera riflessione è, in definitiva, rivolta verso una affermazione netta, chiara e vigorosa di una prevalenza degli aspetti relazionali sulle prerogative individuali, verso un'unificazione logica e materiale del diritto, che superi le divisioni concettuali che il dogmatismo strisciante delle dottrine giusfilosofiche moderne – non esclusa tra esse la pandettistica romantica⁴⁶⁶ – ha consolidato nel corso

⁴⁶⁴ "Aber diese Fiktion ist gemeingefährlich! Sie begründet eine Vermutung für Schrankenlosigkeit und stempelt die Beschränkungen zu Singularitäten" (O. v. GIERKE, *Die Soziale Aufgabe des Privatrechts*, cit., p. 20).

⁴⁶⁵ „Alle ihm im öffentlichen Interesse gesetzten Schranken mit Einschluss der Möglichkeit der Enteignung fund in seinem Begriff angelegt und entstammen seinem innersten Wesen“ (O. v. GIERKE, *Die Soziale Aufgabe des Privatrechts*, cit., p. 20)

⁴⁶⁶ Sebbene sia chiara e inoppugnabile il contrasto tra la dottrina gierkiana e la scuola delle Pandette, è curioso rilevare che la definizione che Windscheid dà alla situazione proprietaria, ossia di "pienezza del diritto sulla cosa" che nega il significato a qualsiasi tentativo di concepire la proprietà come somma di facoltà, si contrappone, specularmente, alla volontà del giurista di Stettino di concepire l'ente collettivo come unità inscindibile e irriducibile a mera sommatoria di individualità sparse. Da un punto di vista logico compiono la stessa operazione, a cambiare è l'oggetto del discorso. In Windscheid si

degli anni, tanto da plasmare sul suo modello la *forma mentis* del giurista contemporaneo. Su questo discorso va poi inserito il duplice carattere del Gierke, a un tempo conservatore e moderno, ancorato alla tradizione e *engagé* nella lettura del presente. Egli, infatti, in tanti passaggi dei suoi scritti, mostra di portare avanti, con una certa coerenza, un'operazione di riscoperta di una realtà perduta piuttosto che la proposta di un rinnovamento concettuale capace di leggere con strumenti nuovi una società radicalmente trasformata⁴⁶⁷. Il richiamo al passato è un aspetto non secondario, ma anzi fondante della parte più profonda della riflessione gierkiana⁴⁶⁸. D'altro canto, però, è innegabile che la sua particolare sensibilità verso l'incomparabile mutamento strutturale che attraversa i suoi anni lo porta a confrontarsi con le problematiche più spinose del suo tempo, in particolar modo con il tema del lavoro e dell'impresa. A riguardo l'intuizione più importante che Gierke ci lascia concerne la dimensione collettiva che la questione sociale assume nell'ambito dei rapporti che l'impresa capitalistica origina e riproduce. È inconcepibile, ad esempio, considerare i problemi dei lavoratori subordinati, come una somma di relazioni individuali, come una mera addizione di situazioni giuridiche soggettive⁴⁶⁹. La questione, tuttavia, non si risolve con lo stratagemma

radicalizza attorno all'istituto della proprietà, in Gierke nella configurazione della *Genossenschaft*. In entrambi i casi il "soggetto" arretra: nel primo a vantaggio di una sintesi di poteri su una cosa, nel secondo a vantaggio di una collettività organizzata. Cfr. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it., I, 2, Torino 1930, p. 589. Sul rapporto tra Gierke e la pandettistica cfr. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, cit., p. 157.

⁴⁶⁷ In merito a ciò va ascritto a suo merito la capacità di cogliere con grande lucidità il rapporto tra la scomparsa del corporativismo medievale e l'affermazione della *persona ficta* nell'ambito della dottrina dello Stato che nella filosofia di Hobbes trova il suo più efficace compimento. Sul tema ancora cfr. S. MEZZADRA, *Il corpo dello Stato in Gierke*, cit. p. 449.

⁴⁶⁸ Un esempio calzante di questa coloritura che caratterizza l'analisi gierkaiana concerne la lettura del *Landrecht*, la cui disciplina, sempre nel contesto del BGB, costituisce un pericolosissimo sradicamento dei singoli nei confronti della terra nonché una revisione generale dei rapporti che, attraverso l'antica funzione del fondo, si erano storicamente instaurati tra i singoli all'interno dei corpi sociali, *in primis* la famiglia. Tuttavia, la riflessione sulla proprietà terriera lo porta ad individuare con estremo vigore quel processo di accumulazione della ricchezza che, svincolato dai legami economici e sociali del diritto feudale che, in qualche maniera, garantivano una divisione, seppur gerarchica, dei beni, apre un baratro tra la condizione dei "proprietari" e quella dei "non-proprietari". Sentenzia, a riguardo, Gierke: "Wer nicht Grundbesitzer einholen, tut eigentlich keinen legitimen Atemzug ohne fremde Gestattung. Das ist nicht blos unsoziales, das ist antisoziales Recht! ", (O. v. GIERKE, *Die Soziale Aufgabe des Privatrechts*, cit., p. 22). Sul ruolo del *Landrecht* inoltre, cfr. Ivi., p. 21 e ss.

⁴⁶⁹ A riguardo Gierke scrive "Denn man darf niemals vergessen, dass jede Absplitterung dinglicher Rechte vom Eigentum zugleich eine Gemeinschaft begründet, die

della lotta di classe e l'individuazione di un ulteriore dualismo ideologico, bensì nella presa di coscienza dell'esistenza di un diritto collettivo immanente alla vita sociale, un diritto pluralista per definizione la cui riduzione all'unità spetta alla legislazione statale. Il soggettivismo giuridico e il diritto privato di matrice individualista non forniscono gli strumenti per l'acquisizione di quei nuovi concetti che il diritto sociale produce. Anche Gierke scorge nelle società per azioni e nel riconoscimento della personalità giuridica delle medesime un ente corporale di fondamentale importanza nell'evoluzione del diritto, dal momento che esse, attraverso la gestione collettiva della ricchezza, superano, contemporaneamente, il dogma della proprietà individuale e la forma del contratto come momenti essenziali, statico e dinamico, dello sviluppo delle relazioni private e, in generale, della vita giuridica ed economica⁴⁷⁰.

Il compito autentico dello Stato, seguendo la prospettiva che l'analisi gierkiana adotta, non può essere assolto dal «super-soggetto»⁴⁷¹ costruito dal Gerber, ma da uno Stato costituzionale che realizzi quella sintesi tra autorità e organizzazione, tra *Herrschaft* e *Genossenschaft*, che consenta al potere pubblico di realizzare quell'operazione di conciliazione tra l'unità formale e il pluralismo materiale delle fonti giuridiche⁴⁷².

Gemeinschaft aber hier wie überall die Fähigkeit besitzt, durch Verbindung und Ausgleichung verschiedenartiger Kräfte die Gesamtkraft über die Summe der Einzelkräfte zu erhöhen „ (O. v. GIERKE, *Die Soziale Aufgabe des Privatrechts*, cit., p. 25); Sul tema ancora. O. v. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., p. 1038; S. MEZZADRA, *Il corpo dello Stato in Gierke*, cit. p. 458 e ss.

⁴⁷⁰ Cfr. O. v. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., p.38-42; S. MEZZADRA, *Il corpo dello Stato in Gierke*, cit. p. 460.

⁴⁷¹ Cfr. G. BERTI, *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)* in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico”, n.11-12, Milano 1982, p. 1003.

⁴⁷² La problematica dello Stato costituisce un cardine del pensiero gierkiano. In particolar modo l'attenzione per il *Rechtsstaat*, la sua nascita, il suo sviluppo e la sua definitiva affermazione, è uno degli argomenti fondamentali di una delle opere più note di Gierke. Nel *Johannes Althusius und die Entwircklung der naturrechtlichen Staatstheorien* lo sviluppo delle teorie riguardanti proprio questa indispensabile identità di Stato e diritto, che nel pensiero di Althusius raggiunge il suo culmine, mette in luce diversi aspetti. In primo luogo, l'inadeguatezza della filosofia tedesca medievale nel leggere questa relazione. In secondo luogo, il positivismo e il giusnaturalismo fornirono, entrambi, elementi importanti per l'elaborazione di un concetto di Stato di diritto: il primo mediante la distinzione tra potere legislativo e potere esecutivo; il secondo limitando il potere sovrano attraverso il richiamo ad un diritto superiore ed esterno. L'evoluzione di questi principi porta, secondo Gierke, soprattutto grazie all'opera della Scuola Storica, alla risoluzione del diritto positivo e del diritto naturale in un unico concetto, aprendo così la strada alla definitiva affermazione di un'idea del rapporto tra Stato e diritto che consideri entrambi come originari ed immanenti alla vita sociale. Sull'intera ricostruzione storico-teorica cfr. O. v. GIERKE, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche*

Parallelamente, il concetto romanistico e individualista della proprietà, così come recepito nel BGB, non è in grado di disciplinare una realtà sociale che pone in essere strutture, rapporti e dinamiche economiche nuove, di fronte alle quali essa appare del tutto estranea e inadeguata. La proprietà, come ogni istituto giuridico, non è una categoria logica ma una categoria storica e, come tale, soggetta, inevitabilmente, ad un mutamento concettuale e ad un continuo adeguamento sostanziale⁴⁷³.

“Teoria organicista” e “funzione sociale” sono le formule attraverso le quali Gierke giunge alla dissoluzione del soggettivismo giuridico, sia quello pubblico, sia quello privato, onde ottenere il duplice fine di preservare, da “germanista”, la tradizione giuridica del corporativismo e, al tempo stesso, di realizzare, da “riformista”, il continuo processo di trasformazione materiale e di riconoscimento formale delle norme della vita sociale, dell’incessante divenire dell’esistenza collettiva. Solo in questa maniera il diritto può liberarsi di quell’idea secondo la quale esso rappresenta la volontà collettiva. Ma una volontà che regola la volontà, osserva acutamente Gierke, non è altro che una mera espressione di forza⁴⁷⁴. Il diritto non consiste nella volontà ma nella «convinzione di una comunità umana»⁴⁷⁵ di cui lo Stato è, soltanto, il supremo custode.

giusnaturalistiche. Contributo alla storia della sistematica del diritto, trad. it., Torino 1943, pp. 205-242.

Sulla visione di Stato costituzionale in Gierke cfr. E. W. BÖCKENFORDE, *La storiografia costituzionale tedesca del secolo XIX*, trad. it., Milano 1970, p. 185.

⁴⁷³ “ Auch das Eigentum ist eine historische, keine logische Kategorie.., (O. v. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, Berlin 1895, p. 346).

⁴⁷⁴ O. GIERKE, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, cit., p. 240.

⁴⁷⁵ Ivi, p. 241.

IN CONCLUSIONE: IL DIBATTITO ITALIANO.

In Italia, la questione proprietaria è stata oggetto di un ricco e controverso dibattito dottrinario. I giuristi italiani hanno recepito, in pieno, tutti i motivi di riflessione sull'evoluzione del concetto proprietà e sul mutamento che l'idea stessa di diritto e di società ha subito a cavallo tra i due secoli appena passati. Nell'analisi dello sviluppo del pensiero critico possiamo individuare due "momenti" decisivi, nell'ambito della letteratura giuridica, e due "fatti" ad essi complementari che hanno influenzato in maniera decisiva l'andamento dell'intera discussione sulla proprietà privata. Il primo momento è rappresentato dalla presa di coscienza della rottura dello schema proprietario, della frammentazione degli interessi e delle prerogative individuali riconducibili sotto la sua egida e la sua definizione. Il secondo momento è la considerazione del rapporto tra proprietà e impresa, ovvero tra una visione statica, legata ad un concetto monista di *dominium*, e una visione dinamica, più sensibile e maggiormente legata al principio dell'iniziativa economica⁴⁷⁶. I due "fatti" conseguenti a questa duplice riflessione sono, da un lato, la riqualificazione del rapporto giuridico che i diritti reali sono capaci di instaurare; dall'altro la trasformazione del diritto soggettivo sotto la spinta della rivalutazione dell' « operare assieme » degli uomini⁴⁷⁷.

La frantumazione del concetto di proprietà, dell' istituto e della sua effettiva portata ha in Salvatore Pugliatti il suo ultimo e più importante interprete⁴⁷⁸. Secondo la sua analisi, che costituisce l'apice di una profonda riflessione dottrina⁴⁷⁹, con il termine proprietà sono

⁴⁷⁶ P. RESCIGNO, Introduzione a *Trattato di diritto privato*, diretto da Pietro Rescigno, 7, *Proprietà, tomo primo*, Torino 1982, p. VIII

⁴⁷⁷ Cfr. P. RESCIGNO, Introduzione, cit., p. XII.

⁴⁷⁸ Il saggio nel quale Pugliatti elabora, con completezza, la sua dottrina sul tema della rottura dello schema proprietario è sicuramente *La proprietà e le proprietà*, oggi in S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1964.

⁴⁷⁹ A riguardo, tra i tanti giuristi che hanno dedicato pagine importanti alla questione proprietaria nel periodo tra le due guerre, spicca, certamente, la figura di Filippo Vassalli. Questi rilevò, con grande lucidità, il fatto che la proprietà non fosse «un diritto di natura diversa da tutti gli altri» e che il proprietario non aveva un diritto pieno e libero, bensì un dovere di realizzare scopi individuati indipendentemente dalla sua volontà. Vassalli, inoltre, indirizzò la sua critica acuta e puntale anche nei confronti del codice civile del '42. Su questo aspetto cfr. *infra* nota 492; sulla figura di Filippo Vassalli cfr. I. STOLZI, *L'ordine*

comprese situazioni giuridiche tra loro molto differenti, qualunque sia l'angolazione dalla quale si osservi il suo schema generale. Se, infatti, consideriamo l'aspetto soggettivo, l'idea di una proprietà intimamente legata ad un solo individuo trova la sua contraddizione negli istituti della comunione dei beni, di origine germanica, e della proprietà collettiva⁴⁸⁰. Se, invece, guardiamo l'ambito oggettivo, ci accorgiamo che i beni di maggior rilievo economico e sociale subiscono l'invasione degli interessi pubblici e collettivi nonché la prevalenza, per ciò che concerne la loro valutazione, degli aspetti dinamici che subordinano la proprietà nei confronti dell'impresa, del lavoro e del contratto⁴⁸¹. Ma il punto focale dell'intera questione attiene all'elemento funzionale, ossia l'interesse e gli scopi che il legislatore, attraverso l'istituto proprietario, mira a tutelare e perseguire. Il nucleo originario e ideologico della proprietà privata ha come unico fine quello di realizzare e proteggere l'utilizzo esclusivo e illimitato di un bene da parte di un unico soggetto. La tutela di tale interesse è assoluto e senza concorrenza⁴⁸². Tuttavia, la nascita di posizioni ad esso configgenti, inevitabilmente spazza via i presupposti della sua definizione tanto da compromettere, prima di tutto su un piano logico-giuridico, la sua destinazione. Se anche rimaniamo circoscritti nell'alveo stretto dell'istituto proprietario, il germe dell'interesse comune, infatti, trova la sua incubazione nel concetto stesso di "condominio" che spinge la proprietà dalla libertà di uno solo alla libertà di più soggetti e, di conseguenza, al principio dell' "uguaglianza" tra le parti. Tale iniziale mutamento porta, inoltre, al «primo contatto» tra il termine "proprietà" e il termine "attività umana". Il possesso non si riduce a semplice *status* né si limita a definire il rapporto tra l'uomo e le cose. Esso diviene il presupposto di un "fare" che inevitabilmente produce relazioni *inter homines* la cui qualificazione si moltiplica in un dedalo di combinazioni possibili. Quindi, prima ancora di dover coesistere con l'interferenza degli altri istituti, la proprietà deve affrontare, al suo interno, il sorgere di nuove istanze che ne modificano i connotati, «nella sua funzione e nella sua struttura»⁴⁸³.

corporativo. *Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano 2007, pp. 278-299.

⁴⁸⁰ S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., p. 298.

⁴⁸¹ Ibidem

⁴⁸² Ivi, p. 302.

⁴⁸³ Se si volge invece lo sguardo al di fuori del diritto soggettivo e si raffrontano le sue tutele e le sue garanzie con la sfera del diritto pubblico, si può logicamente affermare che "il diritto (soggettivo) si concreta nella protezione di un interesse del privato, ma la

Un giurista sensibile non può, inoltre, non cogliere un doppio e contrastante fenomeno: lo svuotamento del contenuto proprietario, che viene progressivamente impoverito dall'affermazione di situazioni giuridiche che si sovrappongono al semplice schema del codice civile; il ruolo di legittimazione che la proprietà continua, tuttavia, a svolgere per la rivendicazione di qualsiasi pretesa giuridica individuale. Sebbene, però, la forza della tradizione, infatti, fornisca il termine "proprietà" di una poderosa *vis attrattiva*, proprio la pluralità dei modi di appartenenza, nonché la pluralità degli interessi emergenti in seno al suo esercizio minano l'unità concettuale che l'ha secolarmente caratterizzata, tanto che la sua medesima legislazione non può non contemplare una molteplicità di funzioni e una molteplicità di forme proprietarie⁴⁸⁴. Il diritto di proprietà, prima ancora che la legge intervenga a registrare l'evoluzione storica dell'istituto, perde il carattere della "pienezza", non essendo più identificabile in un potere unitario e indissolubile. La disgregazione della proprietà avviene non solo per effetto di una trasformazione dei rapporti privati ma anche, e forse soprattutto, a causa dell'inevitabile compenetrazione e confronto tra una pluralità di situazioni giuridiche all'interno di un sistema normativo che, per definizione, non può contemplare l'esistenza di diritti "pieni", asettici dalla totalità delle relazioni, personali o patrimoniali, che il diritto privato e il diritto pubblico enumerano e disciplinano⁴⁸⁵.

Le relazioni tra il diritto di proprietà e l'affermarsi dell'impresa come centro indiscutibile della vita economica ha radici ancor più remote⁴⁸⁶. Essa si inserisce all'interno del dibattito filosofico sul

protezione è, essa stessa, di pubblico interesse"; del resto "(...) Se il diritto di proprietà potesse contrastare – in astratto – all'interesse pubblico, o più precisamente a quella sua più generale incarnazione, che ispira ogni protezione di privati come di pubblici interessi specificamente determinati, si avrebbe netta contraddizione in termini, o piuttosto discrepanza dei termini fondamentali del rapporto: poiché la protezione dell'interesse privato concessa per l'attuazione di un interesse pubblico, raggiungerebbe un risultato opposto al suo scopo" (S. PUGLIATTI, *Interesse pubblico e privato nel diritto di proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., p. 3) sul tema cfr. ancora ID., *La proprietà e le proprietà* cit., p. 304.

⁴⁸⁴ Una prospettiva, tuttavia, che lo stesso Pugliatti definisce "illusoria" nell'ordinamento giuridico pre-bellico, ancora legato al codice del 1865. cfr. S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., p. 309; M. COSTANTINO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto privato*, cit., pp. 216-217.

⁴⁸⁵ Ciò che Pugliatti definisce "un rapporto costante" ma non affatto un "rapporto tra valori costanti" (S. PUGLIATTI, *Interesse pubblico e privato nel diritto di proprietà*, cit., p. 5).

⁴⁸⁶ Se la riflessione di Pugliatti ha origine nella seconda metà degli anni '30 e prosegue nei decenni successivi, la riflessione che ha protagonisti autori come Vassalli, Finzi, Mossa e Cesarini-Sforza, senza considerare il pensiero di autori che si dedicano ad

rapporto tra diritto e economia – il cui sorgere e svilupparsi va ricondotto alla politica istituzionale del fascismo – ed ha in Enrico Finzi il suo interprete più sensibile. Questi, da acuto osservatore delle trasformazioni sociali che attraversano il sistema capitalista e l'evoluzione dello Stato contemporaneo, innesta la sua riflessione sulla disciplina e sulla funzione della proprietà nell'ambito di una analisi più ampia e più complessa che culmina nella necessaria compenetrazione tra diritto pubblico e diritto privato⁴⁸⁷. L'impresa – luogo materiale e, a un tempo, realtà “spirituale” di un rinnovato modo di produzione dei beni, di organizzazione del lavoro e, in generale, di rifondazione dei rapporti sociali – mette a nudo l'incapacità che il modello individualista, elemento basilare del diritto privato codificato, mostra nel recepire le dinamiche nuove che intercorrono tra il potere statale e l'autonomia dei singoli. In particolare maniera emerge il fatto che la “dissociazione” tra la sovranità dello Stato e il sistema normativo civilistico, operata, come visto, dal movimento della codificazione francese, costituisce un ostacolo insormontabile al perseguimento comune dell'interesse collettivo e delle istanze private, del raggiungimento di finalità pubbliche senza che queste costituiscano un intralcio al libero esercizio dei diritti soggettivi⁴⁸⁸. La proprietà, il cuore pulsante del

elaborazioni teoriche più ampie sul rapporto tra diritto ed economia - quali Levi e Del Vecchio e lo stesso Croce - si sviluppa con almeno un decennio di anticipo, si protrae per tutto il “ventennio” e, ancora oltre, nel pensiero di un filosofo del diritto come Giuseppe Capograssi, trova ampio spazio e un rinnovato interesse. In vero, quindi, è più corretto parlare di una “intersezione” tra i due filoni, simbolicamente rinvenibile proprio in quello scritto, già altrove citato, di Pugliatti del 1935, *Interesse pubblico e privato nel diritto di proprietà*, volume pubblicato per la prima volta negli *Atti del primo congresso nazionale di diritto agrario*, nel 1935, così come il saggio più noto di Enrico Finzi, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione* (cfr. *infra* nota s.).

⁴⁸⁷ Finzi, a riguardo, parla di «equilibrio» tra individuo, società e Stato che, nell'ordinamento corporativo che si andava affermando negli anni '30 in Italia, poteva trovare una concreta realizzazione. La sua analisi, tuttavia, come vedremo, tocca tematiche di natura teoretica che vanno ben oltre la considerazione del suo presente e delle problematiche di natura politico-giuridiche a lui contemporanee. Sul tema del rapporto tra diritto pubblico e diritto privato, cfr. E. FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, in *Atti del primo congresso nazionale di diritto agrario*, Firenze 1935, p. 183; I. STOLZI, *L'ordine corporativo*. cit., p. 399

⁴⁸⁸ In tal senso si può parlare di una fondazione «autoreferenziale» del potere dello Stato e del potere del soggetto. Va, tuttavia, rimarcato il fatto che i due poteri – così come ampiamente rilevato attraverso l'analisi economica commonsiana o lo studio giuridico di Duguit oppure mediante la critica di Gierke alla teoria dei diritti pubblici soggettivi – sono speculari l'uno all'altro, espressione di una ideologia politica radicatasi lungo l'intero districarsi del pensiero moderno. È interessante, in tale prospettiva, rammentare le parole con le quali Pietro Rescigno sintetizza i punti salienti di questo processo. Egli scrive: “ In una economia che si svolge secondo ragione (...) la proprietà individuale è dunque il limite

diritto privato, deve essere, perciò, intimamente modificata affinché si possa dare il giusto rilievo, nelle relazioni intersoggettive, alla valorizzazione dell'iniziativa economica privata, identificando in essa il nuovo fulcro dell'intera legislazione civile. Da un punto di vista propriamente giuridico, secondo Finzi, nella stessa nozione di diritto soggettivo è necessario introdurre il principio dello «scopo sociale»; tale operazione consiste nel superare la valutazione dei “limiti all'esercizio” del diritto a favore di una definizione dei “doveri di esercizio” da parte del soggetto proprietario⁴⁸⁹. Quest'ultimo soltanto mediante una presa di coscienza dei propri obblighi giuridici e l'accettazione del riconoscimento legislativo degli stessi può evitare la continua e incessante erosione delle sue prerogative da parte dalle sempre crescenti ingerenze del potere pubblico nell'economia e nei rapporti privati⁴⁹⁰. Ingerenze richieste, inevitabilmente, dalle nuove esigenze che un sistema di produzione così complesso genera⁴⁹¹.

entro il quale il singolo fermerà le sue intraprese: ed entro quella misura egli riuscirà ad ottenere credito dai terzi. (...) Il modello presente al codice della società borghese – l'iniziativa economica e l'autonomia contrattuale esercitate sui beni del soggetto medesimo, o su bei affidati dal titolare a terzi, con una investitura precisa nella delimitazione dei tempi e delle finalità – si è andato alterando. La frattura è nel crescente potere di iniziativa svincolato dalla proprietà dei beni. (...) La qualifica che la dottrina giuridico-politica americana vuol riservare agli amministratori dell'anonima, e cioè il nome di *trustees*, rivela sì la persistente vitalità di un linguaggio abituato ad esprimersi in termini di proprietà, ma, nell'individuare una folla di *cestuis qui trustent* dove i soci e i creditori si disperdono nel pubblico dei risparmiatori o addirittura nella collettività generale, scopre quanto sia vuoto e fragile l'antico schema. (...) Che la proprietà abbia rappresentato il «prototipo» dei diritti soggettivi e dei diritti soggettivi pubblici oltre che di quelli privati, e che la elaborazione del concetto di diritto soggettivo sia servita da copertura ideologica ai fini della giustificazione politica della proprietà, sono affermazioni in larga misura esatte, ma che non hanno bisogno di un immediato controllo.” (P. RESCIGNO, Introduzione, cit., p. VII). Sul tema dell'autoreferenzialità dei concetti di Stato e soggetto nella critica di Finzi cfr. I. STOLZI, *L'ordine corporativo*, cit., p. 394.

⁴⁸⁹ Sul tema cfr. E. FINZI, *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, in *Archivio giuridico*, LXXX, 1923, p. 59; I. STOLZI, *L'ordine corporativo*, cit., p. 396-398.

⁴⁹⁰ È importante sottolineare l'importanza che dapprima Finzi e successivamente Pugliatti danno alle Dichiarazioni della Carta del lavoro, in particolar modo la VII. Mentre per Finzi la scelta del destinatario della dichiarazione – il “produttore” e non il “proprietario” – indica il fatto che il fulcro della distinzione tra sfera pubblica e interesse privato si sposta dall'impresa alla proprietà, per Pugliatti il contenuto delle Carte consacra la compenetrazione tra una nuova normativa, moderna e sensibile alle dinamiche del presente, e gli istituti tradizionali del diritto civile. Sulla questione cfr. E. FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, cit., pp. 168-169; S. PUGLIATTI, *Interesse pubblico e privato nel diritto di proprietà*, cit., p. 1; I. STOLZI, *L'ordine corporativo*, cit., p. 397.

⁴⁹¹ All'interno dell'attività impresa si impone, immediatamente, la problematica del lavoro. La sua organizzazione e i rapporti che da essa derivano modificano anche, e forse soprattutto, la valutazione del diritto di proprietà. A riguardo appare utile ricordare il contributo che Lorenzo Mossa diede all'elaborazione di una dottrina che contemplasse,

La proprietà, così, dopo la “pienezza”, perde anche il secondo carattere che classicamente la contraddistingueva nel pensiero giuridico moderno, cioè la sua presunta “assolutezza”. In altri termini, a seguito della nascita di centri di produzione e di potere, quali le imprese e le società commerciali, autonomi e capaci di porre in essere nuovi rapporti e regole autarchiche sia verso l’interno, sia verso l’esterno, si realizza quella rottura della dialettica individuo-Stato che produce quei due fenomeni contigui ampiamente menzionati: la marginalizzazione della libertà e dell’autonomia dell’individuo, l’interventismo dello Stato, sia come soggetto di diritto privato, sia come “arbitro del gioco”, nelle questioni di natura economica.

Nel sistema giuridico vigente, la disciplina della proprietà ha assorbito alcuni elementi fondamentali dell’intenso dibattito dottrinario del primo Novecento. Infatti, sia se si analizza la disciplina codicistica, sia se si fa riferimento al dettato costituzionale⁴⁹², è

contemporaneamente, le problematiche del diritto del lavoro, del diritto commerciale. Tra le sue opere citiamo L. MOSSA, *L’impresa nell’ordine corporativo*, Firenze 1935; ID., *Trattato del nuovo diritto commerciale secondo il codice civile del 1942*, Milano 1942; Sulla figura di Lorenzo Mossa cfr. I. STOLZI, *L’ordine corporativo*, cit., pp. 406-424.

⁴⁹² L’art. 42 della Cost. mentre al 1° comma recita: “La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati”, al 2° comma puntualizza che “La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti”. Al 3° comma, invece, viene stabilito il principio secondo cui “La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale”.

Il Codice Civile del 1942 dedica alla proprietà l’intero Titolo II. In particolare il primo articolo di questa sezione, l’art. 832, definisce il contenuto del diritto così: “Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l’osservanza degli obblighi stabiliti dall’ordinamento giuridico.”

La definizione codicistica del diritto di proprietà appare del tutto inadeguata a delineare con chiarezza il contenuto dei poteri del titolare, tanto da apparire come una norma di rinvio che, in questa sua funzione, è stata nettamente scavalcata dalla norma costituzionale. Nonostante, infatti, la redazione dell’art. 832 sia stata anticipata da un vivo dibattito dottrinario, la revisione del modello proprietario era ancora immatura. Gli elementi di questa “precarietà” che caratterizza la definizione codicistica della proprietà sono messi in luce, con grande profondità, da Filippo Vassalli. Egli considera necessario, per la stessa sopravvivenza del Codice, il richiamo ai diritti della persona in relazione al diritto di proprietà. Tuttavia, secondo Vassalli, questa tradizionale connessione non impediva ai giuristi di poter rilevare degli elementi di innovazione della disciplina proprietaria. Tali elementi risiedevano, soprattutto, in quelle disposizioni (art. 838) che regolavano l’espropriazione dei beni, emblema di quel primato dell’interesse generale nei confronti del quale l’intera legislazione del codice civile era sensibile e attenta. Il codice del ’42, in altre parole, traduceva in diritto quell’esigenza di “economia regolata” che limitava fortemente l’autonomia privata. Se, dunque, il codice è, senz’altro manifestazione di quella che Pugliatti definiva “incomprensione del nuovo”, è possibile scorgere, con una attenta analisi il flebile segno di un mutamento di prospettiva.

possibile rilevare due importanti peculiarità: in primo luogo, la proprietà è una situazione soggettiva valutata solamente da una angolazione economica⁴⁹³. Essa, soprattutto se si intraprende una lettura attenta del testo costituzionale, appare del tutto disancorata dalla categoria dei diritti della persona; tale circostanza determina, nel nostro ordinamento, una serie di limitazioni parziali o totali all'esercizio della proprietà tanto che in esso, a diversi livelli, è contemplata anche la possibilità di privare il "proprietario" del suo titolo⁴⁹⁴. Accanto a questo fenomeno, si assiste, prevalentemente in ambito codicistico, al superamento della centralità del "soggetto" e della "proprietà" nella distribuzione delle varie materie, pur mantenendo, tuttavia, nei principi e nella forma, i caratteri del precedente ordinamento civile⁴⁹⁵.

In altre parole, dalla lettura combinata della Costituzione e del Codice, emerge il fatto che il diritto di proprietà non possiede una giustificazione intrinseca e autonoma, bensì necessita di una valutazione esterna ed eteronoma. Le finalità dell'esercizio proprietario vanno cercate e individuate, costantemente, nella "funzione sociale" che esse sono in grado di assolvere, loro unico e indispensabile elemento di riconoscimento e tutela⁴⁹⁶. La funzione

L'intera questione, del resto, va ricondotta, su un piano formale, a quel generale processo di perdita di centralità del Codice, a vantaggio di una legislazione speciale direttamente ispirata dai principi costituzionali e, pertanto, modellata su una concezione giuridica radicalmente mutata rispetto alla semplice configurazione dei rapporti privati presente nella classica visione dello Stato liberale. Sul tema della proprietà codificata cfr. F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile* (1947), in *Studi giuridici*, vol. III, tomo II, Milano 1960, p. 614-622; S. PUGLIATTI, *La definizione della proprietà nel nuovo codice civile in La proprietà nel nuovo diritto*, cit., p. 176; C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, Milano 1994, pp. 4 e 45-48 Sulla crisi del Codice tra tutti cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Bologna 1986

⁴⁹³ Sul rilievo economico nel dettato costituzionale sulla proprietà cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit. p. 323; A. M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1972, p. 472; C. SALVI, *Il contenuto della proprietà*, cit., p. 18.

⁴⁹⁴ M. COSTANTINO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 207.

⁴⁹⁵ Si nota, in particolare, attraverso l'analisi dell'intera struttura codicistica un allentamento del legame tra il regime della proprietà e il diritto di famiglia (non ancora modificato dalla legislazione speciale degli anni '70) e l'ordinamento successorio. Anche in questo caso è la diversa considerazione dei fenomeni economici, che pone non più la famiglia ma l'impresa come la cellula fondamentale dell'attività produttiva, a determinare, anche in ambito legislativo, questo passaggio teorico-giuridico. Sul tema cfr. P. RESCIGNO, *Introduzione*, cit., p. VI

⁴⁹⁶ Sull'effettivo valore della funzione sociale il dibattito in dottrina non è affatto pacifico. La sua irrilevanza e la sua centralità sono affermate, diametralmente, con lo stesso vigore e con argomentazioni altrettanto corpose. Tra i critici segnaliamo A. GAMBARO, *La proprietà*, vol. I, *I beni*, in *Trattato di diritto civile* dir. da Iudica e Zatti, Milano 1990, p.

sociale costituirebbe, dunque, il « concetto-valvola »⁴⁹⁷ dell'intero sistema giuridico, lo scopo generale dell'intera attività economica a cui l'ordinamento giuridico dovrebbe, di volta in volta, riferirsi, sia nell'espressione del suo potere legislativo, sia nell'esplicazione delle sue prerogative giudiziario-interpretative. Questa ipotesi di lettura ci conduce a sottolineare alcune importanti conseguenze. Come prima cosa, la funzione sociale può essere identificata come un principio fondamentale, un valore universale, un criterio di giustizia materiale piuttosto che come una norma precettiva – caratteristica, del resto, comune a gran parte degli enunciati della Carta costituzionale⁴⁹⁸. Essa, in un siffatto sistema giuridico-costituzionale, si sostituisce alla proprietà medesima nel ruolo di categoria mobile delle relazioni economico-sociali. Se nello Stato liberale era proprio il connubio proprietà-libertà a costituire la pietra angolare dei rapporti intersoggettivi in ambito civile, nello Stato costituzionale è il binomio uguaglianza-solidarietà a reggere l'intera struttura legislativa, sia nel diritto pubblico che in un ambito privato⁴⁹⁹. Il centro dell'attenzione, per ciò che concerne la proprietà, si sposta dall'istituto alla sua funzione, dal soggetto al suo predicato⁵⁰⁰.

93; fra i sostenitori cfr. L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in Riv. crit. civ. priv., 1988, p. 444; sugli sviluppi dell'intera *querelle* cfr. M. COSTANTINO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 209; C. SALVI, *Il contenuto della proprietà*, cit., p. 56.

⁴⁹⁷ M. COSTANTINO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 210

⁴⁹⁸ In questa sede non si vuole aprire l'annosa e controversa questione riguardante il carattere programmatico o precettivo delle norme costituzionali, quanto piuttosto sottolineare l'importanza e la necessità di una serie di norme gerarchicamente inferiori alla Costituzione, sia di natura legislativa, sia di natura regolamentare, che siano in grado di dare il contenuto e la forza adeguata alle garanzie costituzionali. Sul tema cfr. M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in Pol. dir., 1971, p. 445; C. SALVI, *Il contenuto della proprietà*, cit., p. 5.

⁴⁹⁹ In verità, il tema della connessione tra proprietà e libertà può essere interpretato non solo nel confronto dialettico con il principio di uguaglianza, ma anche, ed esclusivamente, all'interno dell'evoluzione del medesimo rapporto fra i due concetti. La tutela della libertà personale, sia nelle costituzioni liberali, sia nei codici ottocenteschi, era percepita come "esterna" all'ordinamento in quanto appartenente alla sfera inviolabile dell'individuo *ex natura*. Nelle Costituzioni del XX secolo la libertà modifica il proprio contenuto tanto da costituire il presupposto costante e continuo dell'espressione della personalità, necessariamente perseguita "all'interno" del sistema giuridico. Il passaggio da una visione negativa ad una positiva della libertà, di conseguenza, modifica la valutazione degli aspetti patrimoniali, in merito alle cui questioni il giurista deve, inevitabilmente, approcciarsi in maniera differente. Sull'evoluzione del rapporto proprietà-libertà nel diritto privato, cfr. ancora P. RESCIGNO, Introduzione, cit., p. XIV. Sulla connessione, invece, fra principio di uguaglianza e art. 42 comma 3° Cost. cfr. BALDASSARRE, *Proprietà*, I, *Diritto Costituzionale*, in Enc. giur. Treccani, vol XI, Roma 1989, p. 14.

⁵⁰⁰ In verità, il fatto stesso che il codice del '42 si riferisce al soggetto "proprietario" e non all'istituto della "proprietà" spalanca la strada ad una concezione che prediliga la considerazione degli aspetti relazionali piuttosto che le mere potestà individuali. L'art. 832

Alla luce di ciò, il dettato codicistico abbisogna di una interpretazione critica dei diritti inerenti alla persona del proprietario, ossia al diritto di « disporre » e a quello di « godere ». L'art. 42 della Cost. e l'832 c.c., infatti, fanno entrambi riferimento alla proprietà come un “fare” un “agire”, ma, come è facile riscontrare, in direzioni differenti se non, addirittura, opposte⁵⁰¹. Il titolare del diritto, *in primis*, non si viene a trovare in rapporto soltanto con il bene giuridico – relazione che viene quasi marginalizzata – ma anche e soprattutto con i fatti e le azioni che il suo esercizio mette in essere e, di conseguenza, con gli effetti sociali che il medesimo produce⁵⁰².

Il diritto di disporre si riduce all'affermazione dei criteri legali mediante i quali sia possibile addivenire alla mera individuazione del soggetto proprietario, non più nella descrizione dei contenuti che l'azione proprietaria può esprimere. Se, tuttavia, la dialettica, da un punto di vista formale, tra il diritto di disporre e la funzione sociale si risolve a vantaggio della seconda, non si può non osservare il fatto che, da una angolazione, per così dire, giuridico-materiale, il limite sostanziale all'azione del proprietario può essere rilevato solo *a posteriori* e il suo riscontro è determinato, per lo più, da singoli pronunciamenti giurisprudenziali o da interventi legislativi speciali. La peculiarità della definizione costituzionale di proprietà risiede, forse, proprio in questo, ossia in un rimando a tutti gli operatori del diritto, legislatore e giudice, affinché il continuo e costante mutamento dei rapporti economico-sociali possa essere rilevato, di volta in volta, evitando così quello sfasamento temporale che qualsiasi

si differenzia, in tal senso dalla definizione classica dell'art. 436 del Codice del 1865 (“la proprietà è il diritto di godere e disporre della cosa nella maniera più assoluta, purché non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti”) che traduceva letteralmente l'art. 544 del *Code*. Tuttavia appare ai nostri occhi una forzatura individuare in alcuni limiti che il codice enumera all'esercizio della proprietà come perseguimento di una funzione sociale. In particolare il divieto di atti emulativi, disciplinato dall'art. 833 c.c., mira a determinare i confini di una pretesa proprietaria, a tutela di un'altra analoga e speculare proprietà privata. La norma codicistica, in altri termini, si limita a decretare, kantianamente, i limiti di due diritti individuali, non di certo a garantire un interesse collettivo o a perseguire una finalità sociale. Sul tema cfr. M. COSTANTINO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 217 e 220-227; C. SALVI, *Il contenuto della proprietà*, cit., p.32.

⁵⁰¹ Ciò che invece le accomuna è il fatto che entrambe si riferiscono alla proprietà “in generale”, come un contenitore il cui contenuto va individuato a seconda delle circostanze. Norme di questo tipo non possono non rimandare, come già precedentemente osservato, ad altre norme che qualificano la vera sostanza dei poteri e dei limiti proprietari. Cfr. C. SALVI, *Il contenuto della proprietà*, cit., p. 11 e 20.

⁵⁰² M. COSTANTINO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 214.

concettualizzazione rigida ineluttabilmente genera nelle dinamiche storiche di un ordinamento giuridico⁵⁰³.

Per quanto, invece, concerne il godimento della cosa, la sua piena realizzazione, considerando, a un tempo, le dinamiche sociali e i risvolti prettamente giuridici della questione, avviene, oramai, esclusivamente nei confronti dei cosiddetti “beni di consumo”. Gli altri beni, dall’impresa ai beni di interesse pubblico, dagli immobili ai beni dello Stato, sono riconducibili ad una pluralità di pretese e tutele, spesso e volentieri in contrasto tra loro, che, inevitabilmente, li priva della possibilità di un libero e completo godimento da parte di uno o più titolari⁵⁰⁴.

La funzione sociale, in definitiva, disgrega la proprietà come valore unitario essendo essa riconducibile ad un insieme di principi ed interessi costituzionalmente garantiti e perseguiti, in potenziale contrasto con l’utilizzo libero e autonomo dei beni da parte dei singoli proprietari⁵⁰⁵. Il connubio diritto soggettivo-proprietà aveva abituato il giurista a considerare con «il metro semplice della valutazione in denaro»⁵⁰⁶ l’intera congerie delle relazioni individuali e collettive nonché la totalità dei valori stessi di cui l’uomo si fa interprete e custode lungo i meandri della sua storia. La sua frantumazione ci conduce a configurare la proprietà non più come un diritto fondamentale della persona, ma, come l’espressione di un potere economico-sociale il cui esercizio è subordinato ad una continua valutazione delle possibili finalità che esso può raggiungere, onde prediligere la realizzazione di scopi generali e diffusi a scapito

⁵⁰³ L’interpretazione della Corte Costituzionale, successiva agli anni ’60, ha dato maggior vigore al comma 3°, quello relativo al potere di esproprio dello Stato, piuttosto che al comma 2° che afferma le finalità della funzione sociale. Tale orientamento, confermato e rafforzato da numerosi pronunciamenti, si pone in parallelo, se non è addirittura in conflitto con l’indirizzo che la dottrina prevalente ha seguito, ossia nella valorizzazione degli elementi solidaristici che la Costituzione del ’48 ha introdotto. Sul tema cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 366 e ss.; C. SALVI, *Il contenuto della proprietà*, cit., pp. 12-13.

⁵⁰⁴ Il fatto che le norme giuridiche riguardanti tali beni di interesse collettivo siano state, man mano, sottratte alla giurisdizione del giudice ordinario per essere affidati alla tutela del giudice amministrativo, costituisce un momento emblematico del mutamento dell’orientamento della legislazione e della dottrina in tema di proprietà. Leggendo, poi, il fenomeno da un’altra prospettiva, siamo condotti a rilevare che il diritto di godimento per codesti beni, infine, perde definitivamente quella giustificazione morale che tradizionalmente connotava il suo esercizio. Sul tema cfr. M. COSTANTINO, *Il diritto di proprietà*, cit., pp. 217-218 e 220.

⁵⁰⁵ Il riferimento è ancora alla lettura C. SALVI, *Il contenuto della proprietà*, cit., p. 67.

⁵⁰⁶ P. RESCIGNO, Introduzione, cit., p. XIX.

degli interessi particolari e privati⁵⁰⁷. Interessi, oggi giorno, non più riconducibili allo schema del soggettivismo giuridico o alla mera tutela di posizioni individuali.

Il sorgere continuo, infatti, di nuove esigenze, di rinnovate istanze, di una tipologia di bisogni esistenziali di natura differente e non riconducibili alla tradizionale formula del “diritto soggettivo”, ci spinge ad una profonda riflessione riguardo alla problematica della proprietà nel tempo presente. Se la dialettica diritti di libertà-diritti sociali è stata ampiamente analizzata e metabolizzata dalla scienza giuridica nei suoi aspetti formali, nei suoi contenuti nonché negli effetti che essa ha prodotto, l’affermarsi dei nuovi diritti è stata accompagnata da una copiosa letteratura che ha definito con chiarezza gli elementi di discontinuità con i paradigmi classici della dottrina giuridica tradizionale. Per quanto concerne la proprietà privata, pur rimanendo in piedi la frantumazione della sua originaria unità concettuale, si manifesta un fenomeno di «espansione logica» della proprietà, ossia il tentativo di ricondurre sotto la forma della tutela proprietaria interessi diversi, non riconducibili *tout court* a diritti possessori⁵⁰⁸. Questo processo, di cui abbiamo definito il carattere permanente nel modello di *Common Law*, è l’espressione di quel costante passaggio “dall’appropriazione alla proprietà”, di quella perenne tentazione di “fare proprie” le istanze nuove che l’evoluzione e lo sviluppo della vita sociale impongono allo sguardo del giurista, attraverso lo schema semplice e sicuro che il concetto di proprietà, a prescindere dai luoghi e dalle epoche in cui esso si presenta e si connota, puntualmente garantisce⁵⁰⁹.

Tuttavia, sebbene sia stata registrata una attenuazione delle istanze collettiviste, anche e soprattutto nell’interpretazione della disciplina costituzionale⁵¹⁰, il ruolo della “funzione sociale” non può essere accantonato così facilmente, essendo ancora vive, non solo nel contesto nazionale, ma anche e soprattutto in uno scenario internazionale denso di problematiche legate alla questione della

⁵⁰⁷ In relazione alla valutazione e alla possibile limitazione che il diritto di proprietà subisce bisogna sgomberare il campo da facili equivoci: quando si parla di “valutazione dei fini”, non ci riferiamo soltanto all’efficienza economica dello strumento-proprietà, bensì alla compatibilità tra l’esercizio delle prerogative proprietarie ed il perseguimento dell’interesse pubblico. Quando, invece, consideriamo le limitazioni all’esercizio della proprietà, è necessario sottolineare che non tutti i limiti sono riconducibili al rispetto della funzione sociale. Cfr. C. SALVI, *Il contenuto della proprietà*, cit., p. 68.

⁵⁰⁸ G. ALPA, *Che cos’è il diritto privato?*, Bari-Roma 2007, p. 83.

⁵⁰⁹ P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell’officina dello storico*, Napoli 2006, p. 1 e ss.

⁵¹⁰ G. ALPA, *Che cos’è il diritto privato?*, cit., p. 84-85.

gestione della ricchezza⁵¹¹, le istanze e i bisogni che l'affermazioni delle dottrine dei diritti sociali ha, con forza e convinzione, interpretato e imposto all'attenzione del giurista nel corso dei secoli, scardinando l'ideologia individual-borghese e il monolitico dogmatismo della proprietà come diritto libero, assoluto e pieno.

⁵¹¹ Sul tema, tra le ultime pubblicazioni, cfr. E. DICIOTTI, *Il mercato delle libertà. L'incompatibilità tra proprietà e diritti*, Bologna 2007, p. 137 e ss.

BIBLIOGRAFIA

- ABBAGNANO, N., *Guglielmo di Ockham*, Lanciano 1931
- ACKERMANN, B., *Private Property and the Constitution*, New Haven-London 1977
- AIME, M., *Da Mauss al MAUSS*, introduzione a M. MAUSS, *Saggio sul dono*, trad. it., Torino 2002
- ALPA, G., *Che cos'è il diritto privato?*, Bari-Roma 2007
- ALTHUSSER, L., *Freud e Lacan*, in “Aut Aut”, 1974
- ARNAUD, A. J., *Le origini dottrinali del codice civile francese*, trad.it, Napoli 2005
- ASCARELLI, T., *Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, in T. HOBBS, G.W. LEIBNIZ, *A dialogue between a philosopher and a student/Speciem questionum philosophicarum ex jure collectarum*, Milano 1960
- ASCARELLI, T., *Studi giuridici sulla moneta*, Milano 1952
- BABEUF, *Manifeste des plébéiens*, 1795
- BACCELLI, L., *Lavoro*, in *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, a cura di Augusto Barbera, Bologna 1998
- BAGOLINI, L. *Il metodo di Léon Duguit*, in L. DUGUIT, *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, Torino 2003
- BALDASSARRE, *Proprietà*, I, *Diritto Costituzionale*, in Enc. giur. Treccani, vol XI, Roma 1989
- BALDWIN, J. W., *I romanisti medievali (secoli XII e XIII)* in “L'etica economica del medioevo”, Firenze 1974
- BARAN P. A.- SWEEZY P. M., *Il capitale monopolistico. Saggio sulla struttura economica e sociale americana*, trad. it, Torino 1968,
- BARILLARI, M., *La dottrina del diritto di Leibniz*, Napoli 1913
- BELLINAZZI, P., *Conoscenza, morale, diritto: il futuro della metafisica in Leibniz, Kant, Schopenhauer*, Pisa 1990
- BERLE, A. A., *The 20th. Century Capitalism Revolution*, New York 1954
- BERLE A. A.-MEANS G. C., *Società per azioni e proprietà privata*, trad. it, Torino 1966
- BERTI, G., *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)* in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico”, n.11-12, Milano 1982

- BINET, *L'âme et le corps*, Paris 1906
- BIXIO, A., *Contingenza sociale e teoria dell'azione*, Roma 1988
- BIXIO, A., *Proprietà e appropriazione. Individuo e sovranità nella dinamica dei rapporti sociali*, Milano 1988
- BOBBIO, N., *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*, Torino 1957
- BOBBIO, N., *Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Thomas Hobbes*, in *Studi in memoria di Gioele Solari*, Torino 1954
- BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, Torino 1996
- BÖCKENFORDE, E. W., *La storiografia costituzionale tedesca del secolo XIX*, trad. it., Milano 1970
- BONNECASE, J., *L'école de l'exégèse en droit civil*, Paris 1924
- BRIOSCHI, G. A. *Introduzione* in A. A. BERLE-G. C. MEANS, *Società per azioni e proprietà privata*, trad. it, Torino 1966
- BURNHAM, J., *La rivoluzione manageriale*, trad. it., Torino 1992
- BUZZETTI, D., *Locke e la discussione sugli universali*, Bologna 1982
- CAFFENTZIS, *Parole abusate, monete tosate e governo civile. La filosofia del denaro di John Locke*, trad.it, Roma 1988.
- CAILLÉ, A., *Uscire dall'economia*, trad. it, 1997
- CALVINO, *Questiones iuridices*, 1545
- CANDIAN A., GAMBARO A., POZZO B., *Property,- Propriété-Eigentum*, Padova 1992
- CAPITANI, O., *Sulla questione dell'usura nel medioevo* in "L'etica economica del medioevo", Firenze 1974
- CAPUTO, C., *Le capitalisme et son évolution*, Bologna 1983
- CARBONNIER, J., *Droit civil*, Paris 1959
- CARONI, P., *Le lezioni catalane*, in *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano 1998
- CASSIRER, E., *Cartesio e Leibniz*, trad. it., Roma-Bari 1986
- CASTIGNONE, S., *La macchina del diritto. Il realismo giuridico in Svezia*, Milano 1974
- CAVALLI A., – PERLUCCHI, L., *Introduzione* a G. SIMMEL, *Filosofia del denaro*, Torino 1984
- CERRONI, U., *Concezione normativa e concezione sociologica del diritto moderno*, in « Democrazia e diritto », 1961

- CERRONI, U., *Kant e la fondazione della categoria giuridica moderna*, Milano 1962
- CESARINI-SFORZA, W., *Il diritto dei privati*, Milano 1963
- CHARMONT – CHAUSSE, *Les interprètes du Code civil*, in *Livre du centenaire*, Paris 1904
- CHIODI, G. M., *Profili antropologici introduttivi allo studio della socialitas nel Seicento tedesco*, in “Il diritto naturale della socialità. Tradizioni antiche di antropologia moderna nel XVII secolo”, a cura di Vanda Fiorillo e Friedrich Vollhardt, Torino 2004
- CILENTO, V., *Medioevo monastico e scolastico*, Milano-Napoli 1961
- COMMONS, J. R., *I fondamenti giuridici del capitalismo*, Bologna 1981
- COMMONS, J. R., *Institutional Economics*, New York 1934
- COMTE, A., *Cours de Philosophie positive*, Paris 1864, vol. I
- COMTE, A., *Système de politique positive*, Paris 1890
- CONTE, G., *Le cause della nascita del capitalismo*, Milano 1976
- COSTA, P., *Proprietà e cittadinanza nell’Europa moderna: una mappa tematica* in “Parolechiave” – *Proprietà*, 2003
- COSTANTINO, M., *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Pietro Rescigno, 7, *Proprietà*, tomo primo, Torino 1982
- CRISCUOLI, G., *Introduzione allo studio del diritto inglese*, Milano 1981
- DALLMAYR, W., *Hobbes and Existentialism: Some Affinities*, in *Hobbes-Forschungen*, Berlin 1969
- DAVANZATI, B., *Notizia de’ cambi*, tomo II, ed. Roma 1966
- DE ANGELIS, C. N., *La proprietà e il possesso dal Tardo Impero ai giorni nostri*, Napoli 1941
- DE LIBERA, A., *Il problema degli universali da Platone alla fine del medioevo*, Scandicci 1999
- DE SIMONE, F., *Introduzione allo studio dei sistemi giuridici: vicende delle codificazioni continentali e dell’ordinamento della common law*, Napoli 1997
- DICIOTTI, E., *Il mercato delle libertà. Lincompatibilità tra proprietà e diritti*, Bologna 2007
- DOMAT, J., *Loix civiles*, Paris 1689
- DONATI, B., *Il rispetto della legge dinanzi al principio di autorità. Critica alla filosofia civile di Hobbes*, Roma 1919

- DUGUIT, L., *La doctrine allemande de l'auto-limitation de l'Etat*, in *Revue de Droit Public* 1906
- DUGUIT, L., *Leçons de droit public général faites à la Faculté de Droit de l'Université égyptienne (pendant les mois de janvier, février et mars 1926)*, Paris 1926
- DUGUIT, L., *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Paris 1908
- DUGUIT, L., *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris 1912
- DUGUIT, L., *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris 1908
- DUGUIT, L., *Sovranità e libertà*, a cura di Vincenzo Rapone, Torino 2007.
- DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'État*, Paris 1930
- DURKHEIM, E., *La division du travail social*, trad. it. *La divisione del lavoro sociale*, Milano 1962
- EISENMANN, C., *Deux théoriciens du droit: Duguit et Hariou*, in « *Revue philosophique de la France et de l'Etrangers* », 1930
- ENGELS, F., *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato*, trad. it., Roma 1970
- ESMEIN, *Droit constitutionnel*, IV ed., Paris 1921
- FARALLI, C., *Diritto e magia. Saggi su Hägerström*, Bologna 1981
- FASSÒ, G., *Storia della filosofia del diritto. II: L'età moderna*, Bologna 1968
- FENET, *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code Civil*, Paris 1827
- FERRARA, *Teoria della persona collettiva*, Napoli-Torino 1923, II ed.
- FINZI, E., *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, in *Atti del primo congresso nazionale di diritto agrario*, Firenze 1935
- FINZI, E., *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, in *Archivio giuridico*, LXXX, 1923
- FIORILLO, V., *L'altro, "ut aequae homo": eguaglianza e "dignitas individui" nell'antropologia politica di Samuel Pufendorf*, in "Il diritto naturale della socialità", cit.
- FOUCAULT, M., *Le parole e le cose*, trad. it, Milano 1967

- FRAGUEIRO, A., *Il fondamento sociologico del diritto nel pensiero di Léon Duguit*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto» 1929
- GALGANO, F., *Proprietà e controllo della ricchezza: storia di un problema*, in *Itinerari moderni della proprietà*, Milano 1974
- GAMBARO, A., *La proprietà*, vol. I, *I beni*, in *Trattato di diritto civile* dir. da Iudica e Zatti, Milano 1990
- GELDART, R., *Elements of English Law*, London, 1911
- GERBER, v. C., *Grundzüge des deutschen Statsrechts*, 1865
- GERNET, L., *Aspects du droit de propriété en Grèce*, in “Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa” 1980.
- GHISALBERTI, A., *Introduzione a Ockham*, Roma-Bari 1976
- GIANNINI, M. S., *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971
- GIERKE, O. v., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlin 1913
- GIERKE, O. v., *Die Soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin 1889
- GIERKE, O. v., *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche. Contributo alla storia della sistematica del diritto*, trad. it., Torino 1943
- GIOIA, A., *Lo sviluppo del concetto di dialettica in Cusano e in Kant: exceptum theseos ad doctoratum in philosophia*, Roma s.d.
- GIUGNI, G., *Il “Ragionevole Capitalismo” di John Commons*, in *Il Mulino*, I, 1952
- GLIOZZI, G., *Le teorie della proprietà da Lutero a Babeuf*, Napoli 1981
- GORBY, I., *Storia del monachesimo*, Roma 1991
- GROETHUYSEN, G., *Origini dello spirito borghese in Francia*, trad. it, Firenze 1954
- GROSSI, P., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano 1974
- GROSSI, P., «Un altro modo di possedere». *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*, Milano 1977
- GROSSI, P., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli 2006
- GROZIO, U., *De jure bellis ac pacis*, 1625
- GROZIO, U., *Mare liberum*, 1609
- GURVITCH, G., *La magie et le droit*, Paris 1938

- GURVITCH, G., *Socialisme e propriété*, in *Revue de métaphisique et de morale*, Paris 1930
- GURVITCH, G., *Sociologia del diritto*, trad. it., Milano 1957
- HABERMAS, J., *Conoscenza e interesse*, trad. it., Roma-Bari 1973
- HABERMAS, J., *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, Roma-Bari 1979
- HERVÉ, F., *Théorie des matières féodales et censuelles*, I, Paris 1785
- HOERES, W., *La volontà come perfezione pura in Duns Scoto*, trad. it, Padova 1976
- HORWITZ, M. J., *The Transformation of American Law*, Cambrige 1977
- HUVELIN, G., *Magie et droit individuel*, in “L’Année sociologique” 1905-1906
- *I Fisiocratici*, a cura di Bruno Miglio, Roma-Bari 2001
- *Il lume del sole: Marsilio Ficino medico dell’anima. Valdarno Palazzo Comunale, 18 maggio-19 agosto 1984*, Firenze 1984
- *Il Monachesimo nel primo millennio: storia europea. Atti del convegno internazionale di studi, Roma 24-25 febbraio 1989, Casamari, 26 febbraio 1989*, Roma 1989
- IRTI, N., *L’età della decodificazione*, Bologna 1986
- IRTI, N., *Nichilismo giuridico*, Roma – Bari 2004
- *Itinerari moderni della proprietà*, 2 Tomi, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, 5-6, Milano 1976-77.
- JAFFE, H., *Processo capitalista e teoria dell’accumulazione*, Milano 1973
- JELLINEK, G., *Allgemeine Staatslehre*, II ed., Berlin 1906
- JERVOLINO, D., *Il cogito e l’ermeneutica. La questione del soggetto in Ricoeur*, Genova 1993
- JHERING, R., *Lo scopo del diritto*, trad.it., Torino 1972
- KELSEN, H., *Lineamenti di dottrina pura*, trad it. Torino 1952
- KEYNES, J., *La socializzazione della grande impresa azionaria*, in *Rivista delle società*, 1971
- KEYNES, J., *The End of Laissez-faire*, in *Essays in Persuasion*, New York, 1932
- KLUSTEIN, I., *Marsilio Ficino et la theologie ancienne: Oracles chaldeïques, Hymes orphiques, Hymues de Proclus*, Firenze 1987

- LACANTIERIE-WAHL, B., *Trattato teorico-pratico di diritto civile. Dei beni*, trad. it., Milano s.d
- LARENZ, K., *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it, Milano 1964
- LASSALLE, F., *Theorie systematique des droits acquis, conciliations du droit positif et de la philosophie du droit*, trad. fr., Paris 1904
- *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Incontro di studio – Firenze, 17-19 ottobre 1972. Atti, a cura di Paolo Grossi, Milano 1973
- LA TORRE, M., *Disavventure del diritto soggettivo: una vicenda teorica*, Milano 1996
- *La transizione dal feudalesimo al capitalismo*, a cura di G. Bolaffi, Roma 1975
- LAUENER, H., *Hume und Kant. Systematische Gegenüber-Stellung einiger Hauptpunkte ihrer Lehren*, Bern-München 1969
- LAWRENCE, C. H., *Medieval monasticism. Forms of religious life in Western Europe in Mittle Ages*, London-New York, 1984
- LE FUR, L., *Le fondement du Droit dans la doctrine de Léon Duguit*, in « Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique » 1906
- LEIBNIZ, G. W., *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae*, 1667
- *Lèon Duguit Le trasformazioni dello Stato*, Antologia di scritti a cura di Augusto Barbera, Carla Faralli e Massimiliano Panarari, Torino 2003
- LEWIS, D. H., *Gierke's Genossenschaft-Theory*, Madison 1935
- LOCKE, J., *An Essay concerning Human Understanding*, ed. Cambridge 1931
- LOCKE, J., *Due trattati sul governo*, trad. it., Torino 1948
- LOCKE, J., *La conoscenza umana*, trad. it. di A. Carlini, Bari 1948
- LOCKE, J., *Ragionamenti sopra la moneta, l'interesse del denaro, le finanze e il commercio*, a cura di G.F. Pagnini e A. Tavanti, Firenze 1751, 2 voll
- LOCKE, J., *Saggio sulla legge naturale*, trad. it. di M. Cristiani, Bari 1973
- LOCKE, J., *Saggio sull'intelligenza umana; secondo abbozzo*, trad. it, Bari 1968
- LOTTINI, G., *Avvenimenti civili*, ed. Bologna 1941

- LUIG, K., *Il concetto di “innoxia utilitas” come principio fondamentale del diritto privato naturale pufendorfiano*, in “Samuel Pufendorf. Filosofo del diritto e della politica”. Atti del Convegno Internazionale. Mialno, 11-12 novembre 1994, a cura di Vanda Fiorillo, Napoli 1996
- LUKACS, G., *Scritti di sociologia della letteratura*, Milano 1964
- LUPOI, M., *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, Milano 1971
- MABLY, de G. B., *Doutes proposées aux philosophes économes, sur l’Ordre naturel essentiel des sociétés politiques*, 1768
- MACPHERSON, C. P., *Libertà e proprietà all’origine del pensiero borghese. La teoria dell’individualismo possessivo da Hobbes a Locke*, Milano 1963
- MAINE, T. S. *Ancient Law*, ed. London 1946
- MAITLAND, F. W., *L’equità*, trad. it. Milano 1963
- MARCONI, P., *Società e diritto nel pensiero di Léon Duguit*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1962
- MARX, K., *Il capitale*, trad. it, ed. Roma 1970
- *Marsilio Ficino e il ritorno di Platone: studi e documenti*, a cura di Gian Carlo Garfagnini, Firenze 1986
- MASON, C. *La grande impresa nella società moderna*, trad. it., Milano 1970
- MASULLO, A., *Fichte. L’intersoggettività e l’originario*, Napoli 1986
- MATTEI, U., *Il diritto anglo-americano*, Torino 1992
- MATTEI, U., *Il modello di Common Law*, Torino 1993
- MAUSS, M., *Essai sur le don*, trad. It. *Saggio sul dono*, Torino 1965
- MENGONI, L., *Proprietà e libertà*, in Riv. crit. civ. priv., 1988
- MENGONI, L., *Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell’impresa*, in Rivista delle società, 1958
- MESTRE, A., *Remarques sur la notion de propriété d’après Duguit* in « Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique », 1932
- MEZZADRA, S., *Il corpo dello Stato in Gierke. Aspetti giuspubblicistici della Genossenschaftslehre di Otto von Gierke*, in “Filosofia politica” 1993

- MIRAGLIA, L., *La storia della proprietà nella filosofia del diritto*, in “Atti della Accademia Pontaniana, vol. XVI, Parte I, p. 179-199, Napoli 1885.
- MOLINA, *De iustitia et iure*, s. d.
- MONATERI, P. G., *Il modello di Civil Law*, Torino 1997
- MORE, *L’Utopia o la migliore forma di repubblica*, 1516
- MORELLY, *Code de la nature*, 1755
- MORIN, G., *L’œuvre de Duguit et le droit privé* in « Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique », 1906
- MOSSA, L., *L’impresa nell’ordine corporativo*, Firenze 1935
- MOSSA, L., *Trattato del nuovo diritto commerciale secondo il codice civile del 1942*, Milano 1942
- *Nicolaus de Cusa: scritti filosofici*, a cura di Giuseppe Santinello, Bologna 1965-1980
- OAKESHOTT, M., *Rationalism in Politics, and other Essays*, London 1962
- ORABONA, L., *Cristianesimo e proprietà*. Roma 1964
- ORESTANO, R., *Azioni, Diritti soggettivi, Persone giuridiche*, Bologna 1978
- PACCHI, A., *Introduzione a Hobbes*, Roma-Bari 1971
- PALACIO, J. M., *Concetto cristiano della proprietà*, trad. it. Milano 1937
- PALAIA, R., *Unità metodologica e molteplicità disciplinare nella Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae*, in “Unità e molteplicità nel pensiero filosofico e scientifico di Leibniz. Simposio internazionale Roma, 3-5 ottobre 1996” a cura di A. Lamarra e R. Palaia, Firenze 2000
- PASSERIN D’ENTRÈVES, A., *La dottrina del diritto naturale*, Milano 1954
- POUND, R. *Lo spirito della common law*, trad. it., Milano 1970
- PRELATI, R., *Real property e proprietà fondiaria*, Napoli 2003
- PUGLIATTI, S., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1964
- PUNZI A., *Intersoggettività originaria: la fondazione filosofica del diritto nel primo Fichte*, Torino 2000
- RADBRUCH, G., *Lo spirito del diritto inglese*, trad. it., Milano 1963
- RATHENAU, W., *In Days to Come*, trad. ingl., London 1921
- RAWLS, J., *Una teoria della giustizia*, trad. it., Milano 1984
- REBUFFA, G. *Analisi giuridica ed analisi economica. Per una rilettura di John Commons* in J. R. COMMONS, *I fondamenti giuridici del capitalismo*, trad. it., Bologna 1981

- RENNER, K., *Gli istituti del diritto privato*, trad. it, Bologna 1981
- RESCIGNO, P., Introduzione a *Trattato di diritto privato*, diretto da Pietro Rescigno, 7, *Proprietà*, tomo primo, Torino 1982
- RICCOBONO, F., *Soggetto Persona Diritti*, Napoli 1999
- RODOTÀ, S., *Il terribile diritto, Studi sulla proprietà privata*, Bologna 1990
- RODOTÀ, S., *Proprietà: una parola controversa*, in “Parolechiave”, *Proprietà*, 2003
- ROHLS, J., *Storia dell’etica*, trad. it., Bologna 1995
- ROMANO, B., *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo “perfetto”*, Torino 2005
- SAINT-SIMON, *Du système industriel, I.re lettre au roi*, in *Œuvres*, Paris 1869
- SALVADORI, L.- VILLI, C., *Il luddismo. L’enigma di una rivolta*, Roma 1987
- SALVI, C., *Il contenuto del diritto di proprietà*, Milano 1994
- SANDULLI, A. M., *Profili costituzionali della proprietà privata*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1972
- SANTINELLO, G., *Introduzione a Nicola Cusano*, Bari 1971
- SCHIAVONE, A., *Ius*, Torino 2005
- SCHMITT, C., *Le categorie del “politico”*, Bologna 2005
- SCHUMPETER, J., *Capitalismo, socialismo e democrazia*, trad. it., Milano 1965
- SCOZZAFAVA, O., *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano 1982
- SEN, A., *Etica ed economia*, trad. it, Bari 1988
- SICHIROLLO, L., *Per una storiografia filosofica – Platone, Descartes, Kant, Hegel*, Urbino 1970
- SIMMEL, G. *Philosophie des Geldes*, Leipzig 1900, trad. it. di A. Cavalli e L. Perlucchi, *La filosofia del denaro*, Torino 1984
- SINA, M., *Introduzione a Locke*, Bari 1982
- SMITH, A., *La ricchezza delle nazioni*, trad it, ed. Roma 1995
- SOLARI, G., *Individualismo e diritto privato*, Torino 1950
- SOLARI, G., *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato* (1906), Edizione postuma a cura di Paolo Ungari, Milano 1980.
- SOLARI, G., *Studi storici di filosofia del diritto*, Torino 1949
- SOLINAS, P. G., *Proprietà: un concetto antropologicamente incompiuto*, in “Parolechiave”, *Proprietà*, 2003

- SOTO, de D., *De iustitia et iure*, s.d.
- STOLZI, I., *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano 2007
- STRAUSS, L., *Diritto naturale e storia*, trad. it., Milano 1953
- STRAUSS, L., *La filosofia politica di Hobbes*, in *Che cos'è la filosofia politica?*, trad. it, Urbino 1977
- *Sulla genesi del capitalismo*, a cura di Ludovico Mantello, Roma 1992
- SWEEZY, P. M., *Il capitalismo moderno*, Napoli 1972
- TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna*, ed. Bologna 1998
- TAVIANI, P. E., *Il concetto di utilità nella teoria economica*, I, Firenze 1945
- TAYLOR, A. E., *Thomas Hobbes*, London 1908
- TODESCAN, F., *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico. I: Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio*, Milano 1983
- TODESCAN, F., *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico, II: Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat*, Bologna 1987
- TONELLI, G., *Da Leibniz a Kant: saggi sul pensiero del Settecento*, Napoli 1987
- TÖNNIES, F., *Gemeinschaft und Gesellschaft*, trad. it. *Comunità e Società*, Milano 1963
- TREVES, R., *Sociologia del diritto. Origine, ricerche, problemi*, ed. Torino 1996
- TROELTSCH, E., *Etica, religione filosofia della storia*, trad. it, Napoli 1974
- TURBASSI, G., *Ascetismo e monachesimo prebenedettino*, Roma 1961
- VANNI ROVIGHI, S., *San Bonaventura*, Milano 1974
- VASSALLI, F., *Motivi e caratteri della codificazione civile (1947)*, in *Studi giuridici*, vol. III, tomo II, Milano 1960
- VEBLEN, *Absentee Ownership and Business Enterprise*, in *Recent Times, The case of America*, New Tork, 1923
- VENTIMIGLIA, C., *Società Politica Diritto. Il cristiano e il mondo in Pascal e Domat*, Parma 1983
- VILLEY, M., *Le "ius in re" du droit romain classique au droit moderne*, in *Confèrences faites à l'Institut de droit romain en 1947*, Paris 1950

- WARRENDER, H., *The political Philosophy of Hobbes. His Theory of Obligation*, trad. it. *Il pensiero politico di Hobbes*, Bari 1974
- WEBER, M., *Economia e società*, trad it. Milano 1981
- WEBER, M., *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, trad. it, ed. Milano 1991
- WELZEL, H., *La dottrina giusnaturalistica di Samuel Pufendorf*, Torino 1993
- WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, trad. it, Vol. II, Milano 1967
- WILHELM, W., *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano 1965
- WINDSCHEID, B., *Diritto delle pandette*, trad. it., I, 2, Torino 1930
- WINSTANLEY, C., *The True Levellers Standard Advanced*, 1649
- YOLTON, J. K., *John Locke*, trad. it, Bologna 1990
- ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite*, Torino 1992
- ZELLER, G., *Histoire des relations internationales*, III, *Les temps modernes*, II, *de Louis XIV à 1789*, Paris 1955